Gefahr und Gefahrtragung beim Kauf reisender (rollender, schwimmender) Ware.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Patschowsky
Gerichtsreferendar

BRESLAU 1931
Druck: Hochschulverlag Karl Vater, Breslau 5, Siebenhufener Straße 11-15

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schmidt-Rimpler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

†

Literaturverzeichnis

Adler: Der Uebergang der Gefahr beim Handelskauf. In ZHR. 72, S. 388.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler-Ring.

Bank-Archiv: Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

Berger: Das Zusammentreffen von Sachgefahr, Beförderungsgefahr und der Gefahr im Sinne des § 323. Diss. Halle 1926.

Breit: Transportgefahr und Frachtbrief. LZ. 1914, S. 1110.

— Das Vinkulationsgeschäft (Lombardierung rollender Güter). Tübingen 1908.

Brodmann: Die Handelsgeschäfte. In Ehrenb. Handb. IV, 2, S. 1 ff, 1919.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss. Tübingen 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Cuno: Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem BGB. Diss. Breslau 1900.

Dethlefsen: Gefahrs- und Eigentumsübergang beim überseeischen Versendungskauf. Diss. Hamburg 1925.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1913.

Düringer-Hachenburg-Geiler: Das Handelsgesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. 1930.

Eger: Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. 12. 1908. 3. Aufl., 1910.

— Das deutsche Frachtrecht. 2. Aufl. 1888.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, 1 und V, 2.

Eisser: Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung. Bd. 4 der rechtsvergleichenden Abhandlungen von Titze-Wolff, 1927.

Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, herausgegeben von Eger, zit. EE.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 13. Bearbeitung. 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 11. Bearbeitung, 1930.

Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen. zit. RG.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofs. zit. ROHG.

Fischer, Hans Albrecht: Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. In Iherings Jahrb. 51, S. 159.

Flechtheim: Der Kauf gegen Konnossement und der Krieg. LZ. 1914, S. 1729.

Froelich: Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Erlangen 1906.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. zit. ZHR.

Großmann: Weltusancen für den Ueberseekauf. Hans. RZ. 1925, S. 82 ff.

Großmann-Doerth: Das Recht des Uberseekaufs. Hamburg 1930. Hamb. Ubersee-Studien, Heft 11.

Hagemann: Gefahrübergang bei Versendung der Sache von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort aus. JR. 1925, S. 541.

Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt, Handelsrechtliche Fälle.
Hanseatische Rechtszeitchrift für Handel und Schiffahrt.
Harder: Die Ueberseeische Sammelsendung. Hamburg 1923. Hamb. Uebersee-Studien, Heft 1.
Hellmann: Die Pfändung des Anspruchs des Empfängers auf Herausgabe des Gutes. EE. 27, 33.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Heymann: Das Prisenrecht des deutschen Reiches. DJZ. 1914, 1047.
Hoeck: Die Behandlung der Zuschlagsprämie nach § 101 Allgem. See-Vers. Bed. beim Cif — Kauf. Hans. Ger. Ztg. 1916, Nr. 70.
Holländer: Die Einwirkung des Krieges auf überseeische, vor dem Kriege geschlossene Abladegeschäfte. Hamburg Forsch. Bd. 5, 1918.
Jherings-Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift, herausgegeb. vom deutschen Anwaltsverein, zit. JW.
Juristische Rundschau.
Kleinrath: Ein Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Versendungskauf. Diss. Göttingen 1926.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit. Jena 1900.
Kittel-Friebe-Hay: Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 16. Mai 1928.
Koenige: Handausgabe des HGB. 2. Aufl. 1929.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. zit. LZ.
Leo: Uebersicht der Kriegsrechtsprechung zum Cif-Geschäft. Hans. RZ. 1918, S. 346.
— Ueber die Einwirkung des Krieges auf die Rechtsbeziehungen des am Seehandel beteiligten Bankiers. Bankarch. 1914, S. 93.
Leonhard, Franz: Die Beweislast. 2. Aufl. Berlin 1926.
— Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.
Leuckfeld-Mathies: Hamburgisches Börsen-Handbuch. 10. Aufl., Hamburg 1927.
Makower: Handelsgesetzbuch. Berlin 1907.
Martinius: Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf nach dem BGB. in Arch. f. bürgerliches Recht, Bd. 17, S. 50.
Montebaur: Kriegsbeschlagnahme und Transportgefahr. Diss. Bonn 1923.
Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch. 17. Aufl. 1926.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Amtl. Ausg. Berlin 1888.
Nolte: Ueberseeische Cif-Abladegeschäfte. in ZHR. 89, S. 1 ff.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1929.
Planck: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse II, 4. Aufl. 1928; Recht der Schuldverhältnisse I und II, 3. Aufl., 1907.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeb. von Mugdan und Falkmann, Leipzig, zit. OLG.
Reichel: Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware. Hans. RZ. 1923, S. 354.
Reichsgerichtsrätekommentar. 6. Aufl. 1928, zit. RGR.-Komm.
Roeder: Wer ist der Verfügungsberechtigte im eisenbahnrechtlichen Frachtverkehr? In EE. 38, S. 257.

Rundnagel: Beförderungsgeschäfte, in Ehrenb. Handb. V, 2, Kap. 7, 1915.
— Der Begriff der Ablieferung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht. in EE. 23, S. 306.
— Der Frachtvertrag der Eisenbahnverkehrsordnung als Vertrag zugunsten Dritter. in EE. 19, 278.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Schröder: Der Eigentumsübergang bei versendeten Sachen. ZHR. 51, S. 39.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Staub: Kommentar zum HGB. 12 u. 13. Aufl. 1929.
Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl., 1928/29.
Stern: Die Gefahrübertragung. Marburg 1910.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Tübingen 1923.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Wismeier: Das Prinzip des Gefahrüberganges beim Kauf. Diss. Erlangen 1910.
Wolff: Die Ware. In Ehrenb. Handb. Bd. IV, 1, 1. Abschn. 1917.
Wüstendörfer: Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues. Hamburg 1920.
— Zur internationalen Vereinheitlichung des Cif-Geschäftes. In Hans. RZ. 1926, S. 441 ff. und 481 ff.

Die Monographien, Lehrbücher und Kommentare sind nur mit dem Namen des Verfassers bezw. Herausgebers zitiert.

Wo in der Arbeit Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes zitiert sind, sind stets Paragraphen des BGB. gemeint.

Verzeichnis der gebrauchten Abkürzungen.

Ev.: Eisenbahnverkehrsordnung.
Hans. RZ.: Hanseatische Rechtszeitschrift.
Hans. Ger. Ztg.: Hanseatische Gerichtszeitung.
JW.: Juristische Wochenschrift.
Jur.R.: Juristische Rundschau.
LZ.: Leipziger Zeitschrift.
OLG.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts.
RRGRKomm.: Reichsgerichtsrätekommentar.
ZHR.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt).

Einleitung.

Die Frage der Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware ist nur ein Sonderfall aus dem großen Fragengebiet der Lehre von der Gefahrtragung. Dieses Gebiet ist soweit es sich um den gewöhnlichen Platz- oder Versendungskauf handelt, in Literatur und Rechtsprechung gründlich untersucht. Es gibt dabei wohl noch wichtige Streitfragen, und auch neue Erkenntnisse werden noch gewonnen, aber bis zu einem gewissen Grade ist eine Klärung herbeigeführt.

Ganz anders liegt es bei dem hier zu Betracht stehenden Unterfall: Nur an wenigen Stellen in der Literatur wird die Frage der Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware angedeutet, und wo es geschieht, da sind stets auch widersprechende Ansichten zu finden. Bei diesem Rechtsgebilde ist geradezu alles streitig. Es ist nicht geklärt, ob die Grundsätze des Platzgeschäftes zur Anwendung zu kommen haben; es steht nicht fest, wo der Erfüllungsort zu suchen ist; es ist zweifelhaft, auf welchen Zeitpunkt der Gefahrübergang festzulegen ist. — Hier lohnt sich also eine Untersuchung, zumal die Frage wirklich nicht ohne große Wichtigkeit ist.

Der Untersuchung des Sondergebietes geht zweckmäßig eine Festlegung der Begriffe voraus, die sich bei der Lehre von der Gefahrtragung ganz allgemein herausgebildet haben.

1. Abschnitt.

Die Lehre von der Gefahr beim Kauf.

I. Der Begriff der Gefahr.

Wenn das Gesetz von Gefahr spricht, so legt es dem Ausdruck keine andere Bedeutung bei, als er auch sonst im Leben hat: Gefahr bedeutet ein drohendes Etwas. Gefahr im Sinne des Gesetzes bedeutet die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens; „Gefahr ist der drohende Nachteil", definiert Fischer[1]). Enger aber ist der Gefahrbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches insofern, als nur ein bestimmter drohender Nachteil mit Gefahr bezeichnet wird: Stets wird der Begriff „Gefahr" nur im Zusammenhang mit dem Begriff „Zufall" gebraucht. Nur dann spricht das Gesetz von Gefahr, wenn es Rechtswirkungen für ein zufälliges Ereignis festsetzt[2]).

Bei diesem Zufall handelt es sich nicht um einen Zufall im natürlichen Sinne, sondern um einen Zufall vom Standpunkt der Beteiligten aus. Zufall im Rechtssinne ist also ein relativer Begriff, der nicht nach objektiven Merkmalen, sondern stets nur aus dem Verhältnis der Vertragsparteien heraus beurteilt werden kann. Was eine Partei nicht zu vertreten hat, ist Zufall[3]). Es steht also der Begriff im Zusammenhang mit dem Begriff der Verantwortlichkeit und ist danach rein subjektiv. So kann die vorsätzliche Handlung eines Dritten im Verhältnis der Parteien Zufall sein.

II. Gefahrtragung.

1. Begriff.

Wenn die Gefahr, das heißt danach die Rechtsfolgen eines zufälligen — also auch eines durch höhere Gewalt verursachten Ereignisses — in Beziehung zu einer bestimmten Person gesetzt werden, dann spricht das Gesetz von „Gefahr-tragen" und meint damit, daß eine bestimmte Person die Folgen eines eingetretenen Schadens erleiden soll. Danach heißt Gefahrtragen, die wirtschaftlich nachteiligen Folgen solcher Ereignisse tragen, die kein Vertragsteil zu vertreten hat. Nun liegt es in der Natur der Dinge,

1) Jherings Jahrb. 51, 227.
2) Franz Leonhard, Erf. u. Sch. O. S. 48: Die Lehre von der Gefahr beschäftigt sich mit dem Einfluß zufälliger Umstände.
3) Kisch, § 5, S. 36 ff.

daß zunächst immer der Eigentümer der Sache den Schaden erleidet, wenn eine Sache durch Zufall untergeht. In Ermangelung eines besonderen Grundes für das Gegenteil ist dieser Schaden auch von niemand zu ersetzen, verbleibt also auch dem, den er getroffen hat. Die Frage nach der Gefahrtragung bezieht sich aber nicht auf diese Gefahr der Sache im engeren Sinne, das sogenannte periculum rei;[4]) die Frage nach der Gefahrtragung betrifft vielmehr das sogen. periculum obligationis, das heißt die Folgen, die der Schaden für das bestehende Schuldverhältnis hat, oder, bei gegenseitigen Verträgen, die Wirkung auf das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung[5]).

2. Leistungsgefahr und Gegenleistungsgefahr.

Fragt man nun, welches im einzelnen die Folgen sind, welche gegebenenfalls den Gefahrtragenden treffen, so muß man feststellen, daß der Gefahrbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches leider kein klarer und eindeutiger ist. Das Gesetz spricht an den verschiedenen Stellen allgemein von Gefahrtragen und will doch damit ganz unterschiedliche Rechtsfolgen festsetzen.

1. Ganz aus dem Rahmen fällt der Begriff Gefahr, wie er im § 811 gebraucht wird. Hier bedeutet Gefahr, daß für den Schuldner eine Haftpflicht und Schadensersatzpflicht für Zufall festgesetzt wird. Dieser Sprachgebrauch ist dem Gesetz sonst nicht geläufig. So wie das Gesetz den Begriff hier gebraucht, könnte es im § 701 auch heißen: Der Wirt trägt die Gefahr der eingebrachten Sachen, es sei denn, daß höhere Gewalt vorliegt. Aehnlich ließe sich dann vielleicht die Haftung im Kraftfahrzeuggesetz vom 3. Mai 1909 bestimmen; und im Luftverkehrsgesetz vom 1. August 1922 könnte es sogar schlechtweg heißen: Der Halter trägt die Gefahr der Verletzung und Tötung eines Menschen und der Sachbeschädigung. Von diesem besonderen Begriff der Gefahr im § 811 soll abgesehen werden und daran festgehalten werden, daß Gefahr etwas über vertragliche Leistung und Gegenleistung besagt.

4) So Crome II, § 168 Anm. 13 S. 170 und § 213 Anm. 2, S. 414, Staudinger § 446 I, S. 75, Brodmann in Ehrenb. Handb. IV, 2, § 30, 2, S. 220; a. A. Planck § 446 2 a, S. 674 und Froelich S. 13: Auf den Käufer könne nur eine Gefahr übergehen, die bis dahin der Verkäufer getragen hätte; diese Gefahr könne aber nur das periculum rei sein.

5) Fischer S. 231.

2. Einen besonderen Gefahrbegriff sieht weiter Leonhard[6]) in den §§ 270 und 379 Abs. 2, nämlich eine Gefahr bezüglich der Leistungspflicht und bezüglich der Haftung auf Schadensersatz. Diese Ansicht ist aber nicht zutreffend. Wenn § 270 bestimmt, daß der Schuldner Geld auf seine Gefahr dem Gläubiger zu übermitteln habe, so besagt das nicht, daß der Schuldner bei Verlust des Geldes schadensersatzpflichtig ist, sondern es besagt nur, daß der Schuldner bei zufälligem Verlust des Geldes zur Leistung verpflichtet bleiben soll. Ebenso liegt es im § 379. Hier verliert der Gläubiger der hinterlegten Sache bei deren zufälligem Untergang den Erfüllungsanspruch; er selbst aber braucht nicht etwa Schadensersatz zu leisten, sondern es bleibt lediglich der Gegenanspruch bestehen, der Gläubiger bleibt zur Leistung verpflichtet. Auch § 300 Abs. 2, in dem Leonhard[7]) einen „Gefahrübergang bezüglich der Haftung auf Schadenersatz" sieht, besagt nichts anderes, als daß während des Gläubigerverzuges der Gläubiger trotz zufälligen Unterganges der geschuldeten Sache zur Gegenleistung verpflichtet bleibt[8]).

Damit kommen wir zu dem Gefahrbegriff, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch, abgesehen von dem zu 1 genannten Falle des § 811 hat[9]): Gefahr im Sinne der §§ 270, 379, 446, 447 usw. besagt etwas darüber, ob der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn die Leistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat — Zufall —, unmöglich wird (Leistungsgefahr), oder ob — bei gegenseitigen Verträgen — trotz Unmöglichkeit der Hauptleistung der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung — also i. d. R. auf geldliche Vergütung — bestehen bleibt (Gegenleistungs- oder Vergütungsgefahr). Dagegen bedeutet Gefahrtragen, abgesehen von dem oben genannten Falle des § 811, keinesfalls, daß der Schuldner auf Schadensersatz für Zufall haftet[10]). Die Schwierigkeit liegt darin, daß das Gesetz die Mehrdeutigkeit des Gefahrbegriffes nicht beachtet hat und überall nur von Gefahr

---

6) Erf. u. Sch. O. S. 48.
7) Erf. u. Sch. O. S. 48.
8) Vergl. Planck § 243, 4 b, S. 50/51.
9) Vergl. zu folgendem: Wüstendörfer, Seeschiffbau S. 35, ders. Hans. RZ. 1926, S. 482, Nolte ZHR. 89, S. 1 ff., Großmann Hans-RZ. 1925, S. 82 ff., Harder § 5, S. 28 ff., Großmann-Doerth § 25 I, 1, S. 101.
10) Planck II, 1, § 243 4 b, S. 50.

spricht, wo es Leistungsgefahr oder Gegenleistungsgefahr heißen müßte.

Schon oben ist auf den § 379 eingegangen und dargelegt, daß er beide Gefahrsarten dem Gläubiger der hinterlegten Sache aufbürdet, die Leistungsgefahr, indem der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird, und auch die Vergütungsgefahr, indem der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. §§ 270, 275, 279, 287, 848 betreffen nur die Leistungsgefahr; trägt sie der Gläubiger, so wird der Schuldner bei zufälligem Untergang der geschuldeten Sache von seiner Verpflichtung frei; andernfalls bleibt er zur Leistung verpflichtet. Dagegen steht die Vergütungsgefahr in Frage in § 323 Abs. 1, wo sie den Schuldner trifft, und in den §§ 324 Abs. 2, 446, 447, 588, 616, 2380, wo sie dem Gläubiger auferlegt wird.

III. Gefahrübergang.

Die Verschiebung der Gefahrtragung innerhalb eines Schuldverhältnisses ist der Gefahrübergang. Mit dem Uebergang tritt an Stelle des ursprünglich Belasteten ein neuer Träger der Gefahr. Die allgemeinen Bestimmungen über den Gefahrübergang gibt das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 275 und 323. Während § 275 die Gefahrtragung bei Verträgen auf einseitige Leistung behandelt und somit nur die Frage der Befreiung des Schuldners von der Leistung umfaßt, (die Leistungsgefahr), muß § 323 naturgemäß bei gegenseitigen Verträgen weitergehend die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistung regeln. Gemäß § 323 verliert ein Vertragsteil den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat; der Schuldner trägt also die Gegenleistungsgefahr. Daß der Schuldner selbst bei zufällig eintretender Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit wird, folgt aus § 275, der auch bei gegenseitigen Verträgen insoweit Anwendung findet[11]). Nach der Vorschrift des § 323 trägt der Schuldner die Gefahr bis zur vollständigen Bewirkung der ihm obliegenden Leistung, d. h. bis zur Erfüllung. Auf den wichtigsten gegenseitigen Vertrag, den Kauf, angewandt, würde dies zu folgendem Ergebnis führen: Die Leistung des Verkäufers besteht nach § 433 in der Ueber-

11) Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 46, III, S. 163.

gabe und Eigentumsverschaffung. Bis zur erfolgten Uebergabe und Eigentumsübertragung trüge danach der Verkäufer die Gefahr.

Aber gerade für den Kauf gibt das Gesetz in den §§ 446 und 447 Sonderbestimmungen, die einen früheren Zeitpunkt für den Gefahrübergang festlegen. In dem Regelfall des § 446 geht die Gefahr eines zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der verkauften Sache mit der Uebergabe auf den Käufer über. Noch früher läßt § 447 die Gefahr schon mit Auslieferung der Sache an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt übergehen, wenn der Verkäufer die Sache nach einem anderen als dem Erfüllungsort übersendet.

Die Gefahrtragung ist also unterschiedlich geregelt, je nachdem die verkaufte Sache am Erfüllungsort übergeben wird oder an einem „anderen Ort als dem Erfüllungsort". Für den ersten Fall, daß die Ware am Erfüllungsort übergeben wird, gilt § 446; es liegt dann ein gewöhnliches Platzgeschäft vor. Findet die Uebergabe der Ware nicht an diesem Orte statt, sondern übersendet der Verkäufer die Ware „behufs Erfüllung des Kaufvertrages, das heißt behufs Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflicht zur Uebergabe" an einen anderen Ort[12]), so liegt ein Distanzkauf vor. Für diesen Fall gilt § 447[13]).

1. § 446.

Nach § 446 geht die Gefahr der verkauften Sache mit der Uebergabe auf den Käufer über.[14]). Uebergabe im Sinne des § 446 ist nicht gleichbedeutend mit Eigentumsübertragung. Man wird die Uebergabe des § 446 nicht anders verstehen können, als die Uebergabe des § 433; dort ist aber ausdrücklich zwischen der nur Besitzverschaffenden Uebergabe und der Eigentumsübertragung unterschieden. Ebenso würde man andernfalls dazu kommen, das Wort Uebergabe in § 446 Abs. 1 in einem anderen Sinne zu verstehen als in § 446 Abs. 2; denn dort wird ebenfalls bei Jmmobilien die Uebergabe in Gegensatz

12) RG. 33, 25.

13) Ueber den Unterschied von Versendungskauf und „Fernkauf" s. u. Anm. 24.

14) Der Gefahrübergang bei Grundstückskäufen, § 446, Abs. 2, steht hier nicht zu Betracht.

gestellt zur Eigentumsverschaffung. Uebergabe ist also Besitzübertragung[15]). Daß die blosse Besitzübertragung genügt, folgt außerdem aus dem Gedanken des § 446 heraus, nämlich daß derjenige die Gefahr tragen solle, der die Möglichkeit der Ueberwachung der Sache hat. Der Käufer hat aber, auch wenn er durch die Uebergabe noch nicht Eigentum erworben hat, doch die tatsächliche Herrschaft.

Ein Ersatz der Uebergabe des § 446 durch die Uebergabe gemäß §§ 930, 931 ist nicht möglich. Besitzkonstitut nach § 930 und Vindikationszession nach § 931 vermögen die Uebergabe nur für den Fall der Eigentumsübertragung zu ersetzen. Beide Ersatzmittel der Uebergabe verschaffen aber dem Käufer nicht den unmittelbaren Besitz an der übergebenen Sache, der Voraussetzung des Gefahrüberganges nach § 446 ist. Wohl aber kann mit der Eigentumsübertragung nach §§ 930, 931 dann auch die Gefahr übergehen, wenn diese Akte nach dem Willen der Parteien die Erfüllung des Kaufvertrages darstellen[16]); aber auch nur dann. Entscheidend ist allein die Erfüllung; und Eigentumsübertragung und Erfüllung des Kaufvertrages sind, wie sich ja schon aus § 433 ergibt, keinesfalls gleichbedeutend. Der Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufvertrages ist der letzte für den Gefahrübergang; denn mit erfolgter Leistung ist bereits nach § 323 die Gefahr auf den Käufer übergegangen[17]).

Auch mit der Eigentumsübertragung durch Traditionspapiere nach §§ 424, 450, 647 HGB. geht nicht ohne

---

15) Gemeint ist Besitzübertragung auf Grund eines Kaufes. — So auch Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 103, Anm. 2, S. 351; Staudinger § 446, 2 c; RGRKomm. § 446, 4, S. 44; Staub § 382 Anh. Anm. 45 b und Anm. 67, S. 489 u. 556; Düringer-Hachenburg Bd. III, Anm. 86, S. 75; Martinius S. 52; Kisch § 8 II b, S. 68; Stern S. 61; RG. 85, 322; a. A.: Planck § 446, 2, b, S. 674; Oertmann § 446, 1, a, S. 557.

16) Planck § 446, 2 a, S. 674; Oertmann § 446, 1 a, S. 557; RGRKomm. § 446, 4, S. 44; Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 103, 2. Anm. 2, S. 351; Düringer-Hachenburg Bd. II, Anm. 87, S. 76; Staub §382, Anh. Anm. 45 b, S. 389; Brodmann S. 222; LZ. 120 S. 489; Titze S. 257; Adler S. 399 ff. — Während in der Vereinbarung eines Besitzkonstituts stets eine Erfüllung liegen wird (so Staub § 382, Anm. 45 b, S. 490), kommt es bei § 931 darauf an, ob der Käufer die Abtretung des Herausgabeanspruches als Erfüllung gelten lassen will (so auch OLG. Hamburg 39, 168; LZ. 1920, S. 489; vergl. auch Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 102, I, 2, Anm. 1, S. 350 und JW. 1927, 667); das ändert aber nichts daran, daß grundsätzlich Besitzkonstitut und Vindikationszession gleich zu behandeln sind.

17) Vergl. unten Anm. 1 zu Abschn. 2.

Weiteres die Gefahr über; es kommt vielmehr auch hier auf den Willen der Parteien an. Wenn unter der Klausel: ex ship in, ab Kai oder sound arive verkauft ist, so hat der Verkäufer erst dann erfüllt, wenn er die Ware in vertragsmäßigem Zustande am Kai liefert[18]). Erst dann kann er den Anspruch auf die Gegenleistung unbeschränkt geltend machen. Das Eigentum an der Ware kann schon vorher nach § 647 HGB. auf den Käufer übergehen; die Gegenleistungsgefahr aber bleibt bis zur Lieferung beim Verkäufer.

Dieses Beispiel zeigt zugleich deutlich die Richtigkeit der vertretenen Ansicht.

2. § 447.

§ 447, der die Gefahr der Kaufsache schon mit der Uebergabe der zu versendenden Sache an das Transportorgan auf den Käufer übergehen läßt, stellt sich als eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 446 dar; denn der Gedanke des Gesetzes bei Regelung der Gefahrtragung ist, daß der die Gefahr tragen solle, der die Möglichkeit der Ueberwachung der Kaufsache hat. Die Ausnahmebestimmung erklärt sich daraus, daß die Versendung im Interesse (auf Verlangen) des Käufers erfolgt[19]); auch daraus, daß der Verkäufer mit der Uebersendung mehr tut, als wozu er kraft Gesetzes verpflichtet ist, denn „von Gesetzes wegen hat der Verkäufer keine Uebersendungspflicht“[20]). Außerdem hat der Verkäufer nach der Absendung keine unmittelbare Ueberwachungsmöglichkeit mehr.

Um § 447 anwenden zu können, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: es muß eine Versendung nach einem

---

18) Staub § 382, Anm. 49, S. 498.

19) So auch RGRKomm. § 447, 2 a, S. 46; RG. 88, 38.

20) Es ist aber auch wenn die Parteien nichts ausgemacht haben, allgemeiner Handelsbrauch, daß der Verkäufer besonders bei Distanzgeschäften die Ware dem Käufer übersendet. (Staub § 382, Anh., Anm. 28, S. 472; Koenige Vorbem. zu § 373, Abs. 2, S. 767; Oertmann § 447, 1, S. 564; Düringer-Hachenburg Bd. II, Anm. 90 S. 78; OLG. 13, 407). Ein solcher Handelsbrauch ist nach der gesetzlichen Bestimmung des § 346 HGB. unter Kaufleuten vornehmstes Vertragsauslegungsmittel zur Feststellung des Parteiwillens. Er bestimmt den Inhalt des Vertrages, wenn nicht aus den Erklärungen der Parteien zu entnehmen ist, daß sie Gegenteiliges beabsichtigten. Wenn also ein Verkäufer die Bestellung eines auswärts wohnenden Käufers entgegennimmt; dann ist mangels einer bestimmten anderweiten Aeußerung seine Erklärung nach Handelsbrauch dahin aufzufassen, daß er damit zugleich — vertraglich — die bindende Verpflichtung eingeht, die bestellte Ware dem Käufer zu übersenden.

anderen Ort als dem Erfüllungsort erfolgen, und es muß die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgen.

1. Zunächst ist zu fragen, was Erfüllungsort im Sinne des § 447 ist. Erfüllungsort ist gleichbedeutend mit Leistungsort, also dem Ort, wo die Leistung des Schuldners zu erfolgen hat; das ist nach § 269 im Zweifel der Wohnsitz des Schuldners. Nun erfolgt aber die dem Verkäufer gemäß § 433 obliegende Leistung, nämlich Uebergabe und Eigentumsverschaffung, beim Versendungskauf eben gerade nicht am Wohnsitz des Schuldners, gleich Leistungs- gleich Erfüllungsort, sondern am Wohnsitz des Gläubigers[21]), also an dem „anderen" Orte des § 447[22]). Denn erst mit Ablieferung der Ware durch das Transportorgan und Annahme durch den Käufer hat der Verkäufer erfüllt. Das Gesetz hat sich hier eine starke Ungenauigkeit zuschulden kommen lassen. Die Anwendung des Ausdrucks „Erfüllungsort" im Tatbestand des § 447 ist falsch. Man hat zu unterscheiden zwischen Erfüllungsort gleich Leistungsort, das heißt dem Ort, wo die geschuldete Leistung vollzogen wird. Das wäre also der Ablieferungsort. Davon ist auseinanderzuhalten Erfüllungsort im Sinne des juristischen Sitzes des Schuldverhältnisses, der maßgebend ist für Gerichtsstand, Auslegungsfragen und Gefahrtragung, der Ort, wo die Leistung erfolgen müßte. Für diesen Ort hat Leonhard[23]) den Ausdruck „Schuldort" vorgeschlagen. Dieser Ort ist beim Versendungskauf der Verladeort. Das Gesetz hätte also in § 447 nicht sagen dürfen, versendet der Verkäufer die Sache an „einen anderen als den Erfüllungsort"; denn die Sache wird ja eben gerade an den Erfüllungsort, das heißt den Ort, wo die tatsächliche Leistung, die Erfüllung, erfolgt, versandt. Es hätte heißen müssen: Versendet er die Sache an einen anderen als den Schuldort. Nunmehr im richtigen Sinne verstanden, ist der Ort, den § 447 fälschlich Erfüllungsort nennt, und der also richtiger Schuldort hieße, in unserem

---

21) Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 23, II, 1, S. 83; Oertmann Bl. f. Rechtsanw. 1908, S. 385; RG. 92, 273; Warn. Rspr. 1923/24, S. 101. „Wenn gemäß § 269, Abs. 3, der Bestimmungsort im Zweifel nicht der Erfüllungsort sein soll, so heißt das: im Zweifel erfolgt Erfüllung nicht am Erfüllungsort." (Großmann-Doerth § 27 II, 1, 3, S. 107 f.).

22) Der andere Ort braucht nicht der Wohnsitz des Gläubigers zu sein.

23) Einleitung S. 3.

Falle der Verladeort. Von dort erfolgte eine Versendung an einen anderen Ort, den Ablieferungsort[24]).

2. Die zweite Voraussetzung des § 447 ist, daß die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgt. Diese Bestimmung nimmt dem Verkäufer die Möglichkeit, von sich aus dem Käufer die Gefahr aufzubürden. Es wird aber nicht etwa ein ausdrückliches Verlangen gefordert, vielmehr ist ein Verlangen schon dann anzunehmen, wenn eine Uebersendung dem Käufer erwünscht erscheint[25]). Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß man bei Bestellungen auswärtiger Käufer ein solches Verlangen sogar solange anzunehmen hat, als nicht gegenteilige Anweisungen des Käufers erfolgen[26]); man hat ein entsprechendes konkludentes Verlangen des Käufers aus der Bestellung zu entnehmen.

Kommen wir so zur Anwendung des § 447, dann geht die Gefahr der verkauften Sache schon mit der Uebergabe an das Transportorgan auf den Käufer über[27]). Als solche Transportorgane zählt das Gesetz auf: Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt. Streitig ist hierbei, ob das Gesetz eine objektiv zum Transport bestimmte Person oder Anstalt verlangt, oder ob die subjektive Bestimmung durch den Verkäufer genügt. Der letzten Ansicht dürfte zuzustimmen sein, sodaß auch die eigenen Leute des Verkäufers hierunter fallen[28]).

---

24) Von dem hier zur Rede stehenden Uebersendungs- oder Versendungskauf ist zu unterscheiden der sog. qualifizierte Versendungskauf oder Fernkauf. (Enneccerus-Lehmann Bd. II § 103, 2 a, Anm. 5, S. 352). Bei diesem Kauf fallen Schuldort und Ablieferungsort zusammen. Die Ware wird also an den Schuldort übersandt und dort übergeben. Für diesen Fall gilt § 446.

25) Oertmann § 447, 3, S. 565; Düringer-Hachenburg Bd. III, Anm. 92, S. 79.

26) Staub § 382 Anh., Anm. 48, S. 493; Staudinger § 447, 3, S. 93; Planck § 447, 2 b, S. 679; Crome Bd. II, § 213, Anm. 14, S. 416.

27) Es muß eine Uebergabe auf Grund eines gültigen Frachtvertrages (z. B. nach § 61 EV.) vorliegen. So OLG. KG. 40, 295 und Recht 1920 Nr. 3072, Soergel § 447, 1, S. 778, Staub § 382, Anm. 51, S. 518, Anm. 35, S. 478.

28) Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 103, Anm. 6, S. 353; Planck § 447, 2 c, S. 679; Oertmann § 447, 4, S. 566; Staub § 382 Anh., Anm. 47, S. 493; Anm. 51, S. 517; Staudinger § 447, 4 a, S. 94.

3. Beförderungsgefahr.

Wenn § 447 schon mit Uebergabe der Sache an das Transportorgan die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, so wurde gesagt, das sei eine Ausnahmebestimmung, die ihre Erklärung darin findet, daß die Versendung im Interesse des Käufers erfolgt. Wenn man das berücksichtigt und außerdem an dem Grundsatz festhält, daß Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind, dann kommt man dazu, daß die Regel des § 447 nur insofern berechtigt ist, als durch die Versendung der Sache besondere Gefahren entstehen. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch aus der Zweckbestimmung des § 447: Der Verkäufer soll nicht für den Schaden herangezogen werden, der dadurch entsteht, daß er die Sache nicht bei sich am Erfüllungsort übergeben hat — wozu er allein verpflichtet ist —, sondern daß er sie im Interesse des Käufers zum Versand gebracht hat.

Es ist danach also nicht berechtigt, mit Beginn der Beförderung schon die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen, die in der Versendung garnicht ursächlich begründet ist. Eine solche Gefahr kann auch beim Versendungskauf billigerweise erst mit Uebergabe der Ware an den Käufer übergehen. Das heißt § 447 muß dahin ausgelegt werden, daß nur die Gefahr solcher Schäden auf den Käufer übergeht, für die die Tatsache der Versendung wenigstens mit ursächlich ist[29]). Diese besondere Gefahr, die damit allein nach § 447 übergeht, ist die „Beförderungsgefahr" oder Transportgefahr, auch Reisegefahr genannt. Mit diesem Begriff soll keine neue Kategorie neben den gefundenen der Leistungs- und Gegenleistungsgefahr aufgestellt werden, sondern die Beförderungsgefahr ist ein besonderer Teil der Gegenleistungsgefahr: Beförderungsgefahr ist Gegenleistungsgefahr für Reiseschäden.

Beförderungsgefahr ist insofern sie nur Reiseschäden betrifft, enger als die Gefahr des § 446; ist aber andererseits weiter[30]). Gefahr nach § 446 ist nämlich nur die Gefahr zufälligen Unterganges und zufälliger Verschlechterung der Kaufsache. Rechtsprechung und Theorie sind sich aber darüber einig, daß unter Beförderungsgefahr nicht nur die

29) Soergel § 447, 1, S. 778; RGRKomm. § 447 Anm. 4, S. 49; Staub § 382 Anh., Anm. 50, S. 514; RG. Warn. 1918 Nr. 27. – s. auch die im Einzelnen in den Anmerkungen 30—35 Zitierten.

30) Egon Berger S. 25 und die dort angeführte Literatur; Montebaur, S. 79.

Gefahr einer körperlichen Veränderung der Kaufsache fällt, sondern auch sonstige Gefahren des Transportes[31]); z. B. Zeit- und Geldverlust infolge Transportverzögerung, die Gefahr des Fehlgehens oder falscher Ablieferung der Ware[32]), die Gefahr einer Beschlagnahme von hoher Hand[33]), überhaupt die Gefahr aller Versehen der Transportpersonen[34]), die Gefahr für Raub und Diebstahl; die Beförderungsgefahr umfaßt weiter auch die Gefahr aller „vom Verkäufer nicht verschuldeter Ereignisse, durch die zwar am Bestande des Kaufgegenstandes nichts geändert, aber die Lage des Käufers insofern erschwert wird, als dieser die Ware nunmehr nur nach Uebernahme noch besonderer, außerhalb der ursprünglich liegenden Verpflichtungen ausgeliefert erhält"[35]). Danach hat der Käufer auch die Gefahr zu tragen, wenn die ordnungsmäßig ausgewählte Transportperson von sich aus ohne Auftrag die Ware mit einer Versicherung belastet.

Es geht also nach § 447 zwar nur die Gegenleistungsgefahr für Reiseschäden auf den Käufer über, aber andererseits mehr als nur die Gefahr materieller Veränderung der Kaufsache: das heißt eben, es geht nach § 447 die besondere Beförderungsgefahr auf den Käufer über.

4. Konzentration und Gefahrübergang.

Einer Klärung bedarf noch die Beziehung zwischen Konzentration und Gefahrübergang. § 447 spricht von der Uebersendung „der verkauften Sache". Unter diesem Ausdruck kann nur eine Speziessache verstanden werden[36]). Bei der Gattungsschuld ist der Schuldner gemäß § 279 zur Leistung verpflichtet, solange Leistung aus der Gattung möglich ist. Daraus ergibt sich, daß ein Gefahrübergang ohne eine vorher eingetretene Beschränkung der Gattungsschuld nicht denkbar ist; denn Gefahrübergang bedeutet ja gerade, daß der Verlust des Anspruchs auf die

31) Wüstendörfer Hans. RZ. 1926, S. 501.
32) RG. 62, 332.
33) Diese allerdings nur in bestimmten Fällen, vergl. Montebaur. Die Gefahr einer Beschlagnahme rollender Ware durch Gläubiger des Verkäufers dagegen geht stets zu Lasten des Verkäufers als des Eigentümers. — Ferner RG. 114, 407.
34) Staub § 382, Anh., Anm. 50, S. 514.
35) RG. 99, 58; ferner Hoeck Hans. Ger. Ztg. 1916, Nr. 70, S. 130: „Die Zufälle der Reise gehen auch, soweit sie sich nicht als Verlust oder Beschädigung der Ware darstellen, zu Lasten des Käufers." Großmann-Doerth § 54, S. 309.
36) So Fischer, S. 263; Kleinrath, S. 34, Nr. 2.

geschuldete Leistung eintritt, obwohl die Verpflichtung zur Gegenleistung, also in der Regel zur Leistung der Vergütung, bestehen bleibt[37]).

Die gegenteilige Ansicht vertritt besonders Breit, auch Düringer-Hachenburg[38]); sie führt aber zu unhaltbaren Ergebnissen. Wenn wir nach den bereits getroffenen Feststellungen — was das Gesetz nicht tut — zwischen Leistungsgefahr und Gegenleistungsgefahr unterscheiden, dann bedeutet ein Gefahrübergang vor eingetretener Beschränkung, daß nach § 447 die Gegenleistungsgefahr auf den Käufer übergeht, das heißt, der Käufer muß den Kaufpreis zahlen. Auf der anderen Seite aber ist der Verkäufer von seiner Leistungspflicht gemäß § 279 noch nicht befreit, er trägt also insofern die Leistungsgefahr und muß noch einmal liefern. Das immerhin eigenartige Ergebnis wäre, daß der Käufer zweimal zahlen müßte — einmal auf Grund der Gefahrtragung, für die untergegangene erste Lieferung, das zweite Mal für die zweite Ersatzlieferung —, aber nur einmal Ware erhielte. Tatsächlich ist ein Gefahrübergang im Sinne von Uebergang der Vergütungsgefahr nicht denkbar vor eingetretener Beschränkung der Gattungsschuld[39]). Denn bis zu diesem Zeitpunkt behält der Käufer nach § 279 den Anspruch auf die Leistung, das heißt er bleibt unberührt vom teilweisen Untergang der Gattung. Gefahrübergang setzt also eine Aenderung des in § 279 normierten Zustandes voraus.

Diese Aenderung muß notwendig einmal eintreten, wir sprechen dann von Konkretisierung oder Konzentration der Gattungsschuld und verstehen darunter, daß der Schuldner nunmehr nur noch eine bestimmte Sache zu leisten hat, mit deren zufälligem Untergang er nach § 275 von seiner

37) RGRKomm. § 447, 3 b, S. 48; Staudinger § 446, I, 1 a, S. 85; § 447, Anm. 10, S. 97; Brodmann in Ehrenberg's Handb. IV, 2, § 30, Anm. 9, S. 220; Staub § 382, Anm. 52 und 52 a, S. 518; Nolte ZHR. 89, S. 53; Wüstendörfer Hans. RZ. 1926, S. 493; Eisser § 3, S. 9; Großmann Hans. RZ. 1925, S. 83; RG. 57, 141; 88, 391; Harder § 6, II, S. 34; Großmann-Doerth § 25 II, S. 104.

38) Breit § 13, S. 134 ff., auch Düringer-Hachenburg Bd. III, Anm. 101, S. 85.

39) Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß die Gefahr erst nach erfolgter Konkretisierung auf den Käufer übergeht. Geht dann, also nach Konkretisierung, aber vor Gefahrübergang, die Ware unter, so wird der Käufer von der Zahlungspflicht frei, hat aber auch keinen Anspruch auf Ersatzleistung mehr.

Pflicht zur Leistung befreit wird[40]). Den Zeitpunkt für die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bestimmt § 243 Abs. 2: Er tritt damit ein, daß der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Was das „Erforderliche" für den Verkäufer ist, sagt § 433, nämlich Uebergabe und Eigentumsverschaffung. Beide Akte erfordern aber eine Mitwirkung des Gläubigers, auf die der Schuldner ohne Einfluß ist. Das Erforderliche muß also schon darin bestehen, daß der Schuldner eine ausgeschiedene Sache dem Gläubiger so anbietet, daß dieser nur noch abzunehmen braucht; genauer, daß der Gläubiger durch Nichtannahme in Annahmeverzug gerät. Beim Versendungskauf hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche bereits getan, wenn er die ausgeschiedene[41]) Sache dem Trans-

40) Hier zeigt sich, daß „Konzentration der Gattungsschuld" und „Uebergang der Leistungsgefahr" sich deckende Begriffe sind: Konzentration bedeutet, daß die Gattungsschuld zur Speziesschuld wird, daß nunmehr der Schuldner das jus variandi verliert und bei zufälligem Untergang der Sache befreit wird. Ebenso bedeutet Uebergang der Leistungsgefahr, daß der Schuldner bei zufälligem Untergang der geschuldeten, zur Speziessache konkretisierten Gattungssache befreit wird. (Vergl. Planck II, 1, § 243, 4 b, S. 50; Großmann-Doerth § 25 I, S. 103). Im Falle der Speziesschuld kann begrifflich von Konzentration keine Rede sein. Es liegt aber auch ein eigentlicher Uebergang der Leistungsgefahr dann nicht vor. Die Leistungsgefahr trägt beim Spezieskauf sofort vom Zeitpunkt des Kaufabschlusses an der Käufer. Das heißt im Rahmen des Kaufgeschäftes findet ein vom Vertragsabschluß zu sondernder Uebergang vom Verkäufer auf den Käufer überhaupt nicht statt. Der Begriff Gefahr im Sinne von Leistungsgefahr ist somit für Spezies- wie Gattungsschuld überflüssig, weil er sich mit dem Begriff Konzentration deckt; er ist auch schlecht, weil wegen der Vielfalt des Gefahrbegriffes irreführend. Richtig und klar müßte man den Begriff Gefahr nur im Sinne der Gegenleistungsgefahr gebrauchen, und sonst dafür Konkretisierung einsetzen, bezw. wie im § 811 den Begriff ganz vermeiden.

41) Ueber das Genügen einer sogen. Sammelausscheidung vergl. Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 103, Anm. 6, S. 353; Oertmann § 447 4 e, S. 566; RGKomm. § 447, 3 b, S. 48; Düringer-Hachenburg Bd. III, Anm. 102, S. 85; Fischer S. 236., Kisch § 8, Anm. 25, S. 65; Breit S. 144; RG. 88, 390; zweifelnd Staub § 382, Anh., Anm. 52 a S. 519. — Eine Sammelsendung ist sicherlich genügend „insofern eine Konzentration auf einen rechnungsmäßigen Bruchteil der individuell verladenen Gesamtmenge eintritt." Wüstendörfer Hans. RZ. 1926, S. 492. Das ist dann der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer gegenüber zur Sammelsendung befugt war. Also entweder, wenn ihm Sammelsendung vom Verkäufer gestattet war, oder wenn eine solche Gestattung nach allgemeinem Handelsbrauch (Vergl. oben Anm. 20) zu unterstellen ist. (Harder § 7 III, S. 40. Vergl. wegen der Sammelsendung auch unten).

porteur zur Versendung an den Käufer übergibt. Denn man kann den Verkäufer nicht deshalb schlechter stellen, weil er die Ware nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort übersendet, da er doch schon durch gehöriges Anbieten am Erfüllungsort die Konzentration herbeiführen würde[42]). Ausserdem wäre sonst, wie gezeigt, die Bestimmung des § 447, daß mit diesem Zeitpunkt die Gefahr übergeht, undenkbar[43]). Danach fallen in der Regel Konzentration und Gefahrübergang beim Versendungskauf zusammen[44]). Mit der Uebergabe der ausgeschiedenen Sache an die Transportperson verwandelt sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Von diesem Zeitpunkt an kann man von einer „verkauften Sache" sprechen, und nach § 447 geht mit demselben Zeitpunkt die Gefahr dieser Sache auf den Käufer über.

Beim Versendungskauf von Gattungsware auf dem Seewege wird außer der Verladung der Ware noch Absendung des Konnossements oder der Verladeanzeige an den Käufer für notwendig erklärt, um die Konzentration herbeizuführen[45]). Dieses Erfordernis ergibt sich nicht aus dem Gesetz; das Reichsgericht[46]) begründet aber so: „Es steht mit der Einladung der Ware in das Schiff noch nicht fest, daß die verladene Ware zur Erfüllung einer bestimmten Lieferpflicht dienen soll. Der Verkäufer verliert durch die Einladung (bei Konossement an eigene Order) nicht die Freiheit die verladenen Partien seinen verschiedenen Abkäufern beliebig zuzuteilen, und er wird sich hierüber häufig erst später entschließen". Erst mit Absendung des gehörig indossierten Konossements an den Käufer trete an sich die Konzentration

42) Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 103, 2 a, S. 352; Staub § 382 Anh., Anm. 51, S. 517; Adler ZHR. 72, S. 428; Kisch § 8, II c, S. 64; Planck § 243, Erl. 4, S. 13; Staudinger § 243, 5 a, S. 31; Titze S. 260; Cuno S. 38; Großmann Hans. RZ. 1925, S. 87; RG. 57, 141, 108, 187, 88, 389.

43) So RG. 57, 141.

44) Auf Ausnahmen verweist besonders Breit § 108, S. 134 ff., Düringer-Hachenburg Bd. III, Anm. 101, S. 85; Fischer S. 236. Es ist aber gegen Breit daran festzuhalten, daß sehr wohl eine Konzentration vor dem Gefahrübergang eintreten kann, aber nicht umgekehrt.

45) Staub § 382, Anh., Anm. 49 b, S. 507. RGRKomm. § 243, Anm. 3, S. 384; Warneyer § 243, Anm. 3; Wüstendörfer Hans. RZ. 1926, S. 496; Nolte ZHR. 89, S. 54; RG. 88, S. 74 und S. 392; a. A. Hans. OLG. in Hans. Ger. Ztg. 1919, Nr. 98 u. RG. 87, 134. Harder § 7, III, 2, S. 41.

46) RG. 88, S. 391.

ein; dieselbe Wirkung der Beschränkung der Verbindlichkeit auf die verladene Ware habe aber nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Kaufleute auch die Verladeanzeige und zwar ihre Absendung. „Die Verladeanzeige steht in ihrer Wirkung der Uebergabe der Ware an den Frachtführer beim gewöhnlichen Versendungskauf gleich".

Zum mindesten die Begründung dieser Ansicht, daß Absendung von Konnossement oder Verladeanzeige zur Konzentration erforderlich sei, steht auf schwachen Füssen. Und das Hanseatische Oberlandesgericht[47]) führt nicht zu Unrecht aus: „Im Landfrachtgeschäft hat die entsprechende Erfüllungshandlung, die Verladung, gemäß §§ 243, 447 den Gefahrübergang zur Folge, obgleich die Uebergabe an den Frachtführer an sich das Eigentum und das Verfügungsrecht des Verkäufers unberührt läßt. Für den Seetransport hat das Gesetz abweichende Regeln nicht gegeben". — — Trotzdem kann man sagen, daß sich die Ansicht des Reichsgerichts heut durchgesetzt hat.

Es tritt danach also die Konzentration erst in einem späteren Zeitpunkt ein, als dem Zeitpunkt der Verladung der Ware auf das Schiff. Folglich kann auch der Gefahrübergang noch nicht mit der Verladung — denn das hieße ja vor der Konzentration — eintreten. Der Gefahrübergang tritt vielmehr, darüber herrscht Einigkeit, gleichzeitig mit der Konzentration ein; nur hierin gehen die Meinungen auseinander: das Hanseatische Oberlandesgericht[48]) legt im Gegensatz zum Reichsgericht[49]) diesem Gefahrübergang rückwirkende Wirkung auf den Zeitpunkt der Verschiffung bei.

47) Hans. Ger. Ztg. 1919, Nr. 98, S. 163.
48) Hans. GZ. 1919, Nr. 98.
49) RG. 93, 168, 92, 131, 88, 392.

2. Abschnitt.

Die Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware.

I. Kauf reisender Ware ohne Papiere.

Nachdem nunmehr die Begriffe der Gefahrlehre festgelegt sind, ist die Grundlage für die fernere Untersuchung gegeben. Für diese soll der folgende Tatbestand als Schulfall dienen, ohne daß bereits an dieser Stelle auf die möglichen Abarten des Falles eingegangen wird; an Hand dieses Schulfalles treten am Besten alle in Betracht kommenden Fragen hervor und können geprüft werden:

Der Verkäufer V. in A. hat an den Zwischenhändler Z. in B. eine Ware verkauft und mit der Eisenbahn übersandt. Während die Ware auf dem Transport von A. nach B. rollt, verkauft Z. die Ware an den Zweitkäufer K. in B. weiter und ermächtigt den K. — unter entsprechender Anweisung der Bahn — sich die Ware in B. aushändigen zu lassen. Nach diesem Weiterverkauf, aber vor Ablieferung an K. geht die Ware durch höhere Gewalt unter.

Es steht zur Frage: Wen trifft der Schaden? —

V. hat die Ware an Z. verkauft und zum Versand gebracht. Die Ware ist auf dem Transport infolge höherer Gewalt untergegangen. V. hatte zwar mit Uebergabe der Ware an die Bahn zum Transport seine Verkäuferpflicht noch nicht erfüllt[1]), aber gemäß § 447 war mit Uebergabe der Ware an die Transportanstalt die Gefahr für Zufall und also auch für höhere Gewalt auf den Zwischenhändler Z. als Käufer übergegangen. Da es sich bei dem Untergang reisender Ware durch höhere Gewalt stets auch um die nach § 447 allein übergehende Beförderungsgefahr handeln wird, ist der ursprüngliche Verkäufer V. aus dem Kreise der für die Schadenstragung in Betracht kommenden Personen ausgeschieden und wird durch die weiteren Schicksale der Ware nicht mehr berührt. V. hat zweifelsohne den Anspruch auf die Vergütung gegen Z. behalten.

Ebenso wie V. ist auch die Bahn auszuscheiden. Sie hat für den eingetretenen Schaden durch ihre Haftung nicht

1) Läge bereits darin die Erfüllung, dann wäre § 447 überflüssig, „da mit Vollzug der Leistung selbstverständlich die Gegenleistung geschuldet wird", d. h. die Gegenleistungsgefahr übergegangen ist. (Leonhard Erf. u. Sch. O. S. 49).

aufzukommen. Die Bahn haftet nämlich gemäß § 82 EV. für Schaden am transportierten Gute nur, falls er nicht durch höhere Gewalt verursacht ist. Da solches hier vorliegt, entfällt ihre Haftung.

Die Frage, wen der Schaden trifft, ballt sich somit dahin zusammen: Trägt der Zwischenhändler Z. oder sein Abnehmer, der Zweitkäufer K. die Gefahr des zufälligen Unterganges der Ware?

Z. war zur Zeit des Weiterverkaufs noch nicht Eigentümer der reisenden Ware[2]). Er konnte auch kein Eigentum auf K. übertragen. Trotzdem ist es möglich, daß bereits die Gefahr auf K. übergegangen ist. Beide Fragen sind ja voneinander unabhängig. Es kann die Gefahr früher übergehen als das Eigentum. Aber auch das umgekehrte ist möglich: „Eigentumsübertragung und Gefahrstragung haben miteinander nicht zu tun"[3]). Es hindert auch der Umstand, daß Z. selbst nicht Eigentümer war, nicht, daß die Gefahr auf K. übertragen wurde[4]).

1. § 446 oder § 447?

Den Gefahrübergang beim Kauf regeln die §§ 446 und 447. Vor Eintritt in die folgende Untersuchung ist zu bedenken: Das der Beurteilung unterliegende Geschäft zwischen Z. und K., nämlich ein Kaufvertrag über reisende Ware, ist ein typisch kaufmännisches. Es ist ein Geschäft, wie es sich im Großhandel und namentlich im Ueberseehandel herausgebildet hat. Trotzdem es rein handelsrechtlich ist, muß seine Beurteilung nach bürgerlichem Recht erfolgen, weil die Regelung des Kaufes in den wesentlichsten Fragen, und besonders in der hier zur Untersuchung stehenden Frage der Gefahrtragung vom Handelsgesetzbuch dem Bürgerlichen Gesetzbuch überlassen wurde. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt aber keine derart differenzierten Tatbestände beim Kauf, wie sie sich im Handel entwikkelt haben. Die Entscheidung ist in solchem Falle also Auslegungssache. Fragen, wie die vorliegende, sind gerade im Ueberseehandel besonders entwickelt worden. Bei Verwertung der dort gewonnenen Ergebnisse ist aber für un-

2) Vom Kauf rollender Ware gegen Frachtbriefduplikat soll hier noch nicht die Rede sein; darüber unten unter IV.

3) Staub § 382, Anh. Anm. 62, S. 544; RG. 93, 331. Vergl. aber auch die Ausführungen oben Abschn. 1; III. 1.

4) Staub § 382, Anh., Anm. 53, S. 521.

seren Fall zu beachten, daß der Seehandel das Konnossement als Repräsentant der Ware kennt, daß aber dem Eisenbahnfrachtrecht ein Traditionspapier fremd ist[5]).

Wir haben es in folgendem mit der Frage der Gefahrtragung beim Kauf reisender (rollender, schwimmender) Ware zu tun. Notwendig ist es, die §§ 446 und 447 vor Augen zu haben. § 446 lautet:

> Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.

§ 447 lautet:

> Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort ,so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Zweifel ergeben sich daraus, daß beide Tatbestände auf unseren Fall nicht genau zutreffen. § 446 regelt den Gefahrübergang beim Platzgeschäft, bei dem also Erfüllungsort und Bestimmungsort zusammen fallen. § 447 trifft für den Fall des Versendungskaufes eine Sonderregelung. Für die Anwendung des § 446 in vorliegendem Falle spricht, daß beide Vertragsparteien, der Verkäufer Z. und der Käufer K., zur Zeit des Kaufabschlusses am selben Orte, nämlich in B., ihren Wohnsitz hatten. Gegen die Anwendung des § 446 spricht es, daß die Parteien einen Kauf über Ware vorgenommen haben ,die sich mit ihrem Wissen und Willen zur Zeit des Kaufabschlusses auf dem Transport von A. nach B. befand. Andererseits spricht gegen die Anwendung des § 447, daß die Versendung der Ware zunächst nicht auf Verlangen des Käufers K. und nicht durch seinen Verkäufer Z. vorgenommen wurde. Für Anwendung des § 447 spricht der Umstand, der schon gegen § 446 angeführt wurde, daß der Kaufvertrag nicht über eine am Platz befindliche Ware abgeschlossen wurde, sondern daß der Käufer K. tatsächlich eine Ware gekauft hat, die auf der Versendung von einem anderen Ort begriffen war. Hiernach liegt es näher, einen Versendungskauf anzunehmen und damit die Grundsätze des § 447 anzuwenden.

---

5) Ebenso dem Landfrachtgeschäft, allerdings nicht kraft Gesetzes (§ 444 HGB.), sondern kraft Brauches.

Im Gegensatz hierzu aber wurde die Anwendung des § 447 beim Kauf reisender Ware in der Literatur, soweit sie sich überhaupt mit diesem Problem befaßte, zunächst fast allgemein abgelehnt; und zwar allein mit der Begründung, es liege keine Versendung auf Verlangen des Käufers vor. So sagt Flechtheim[6]): „Beim Verkauf schwimmender Ware findet § 447 keine Anwendung, da die Ware nicht auf Verlangen des Käufers vom Verkäufer übersandt wird". Staudinger[7]) sagte: „§ 446 muß ferner auch gelten beim Verkauf von Ware auf dem Transporte". Maßgebend für diese Auffassung war also, daß die Versendung nicht auf Verlangen des Käufers erfolge. Nun ist es zwar richtig, daß es zunächst der Verkäufer der reisenden Ware ist, auf dessen Veranlassung die Ware zur Versendung gebracht wird. Wir haben aber auch schon gesehen, daß das Verlangen des Käufers, das nach § 447 notwendig ist, um den Gefahrübergang zu bewirken, in keiner Weise ausdrücklich erklärt zu werden braucht. Im Gegenteil ist ein solches Verlangen des Käufers beim Uebersendungskauf solange anzunehmen, als der Käufer nicht gegenteilige Anweisungen gibt. Wenn man aber dieses annimmt, dann kommt man verallgemeinernd auch zu folgender Annahme: Ein Uebersendungsverlangen des Käufers ist stets anzunehmen, wenn der Käufer so kauft, daß der wirtschaftliche Wert der gekauften Ware für ihn erst nach einer Uebersendung zur Geltung kommt. Das bedeutet für unseren Fall, den Kauf reisender Ware, daß sich im Augenblick des Kaufabschlusses gleichsam unter das Verlangen des ursprünglichen Käufers das des neuen Käufers schiebt. K. will natürlich, nachdem er eine nicht am Orte befindliche Ware gekauft hat, daß diese Ware ihm übersandt werde. Er gerade ist es auch, der an der Uebersendung ein maßgebliches Interesse hat, denn andernfalls hätte er mit seinem Kaufe gewartet, bis die Ware am Platze eingetroffen war. Man kommt also dazu, ein aus den Umständen folgendes Verlangen des Zweitkäufers, hier des K. anzunehmen.

Es könnte noch der Einwand erhoben werden, daß die Versendung hier nicht durch den Verkäufer Z. erfolgt sei. Dem ist entgegen zu halten, daß der Käufer reisender Ware durch den Kaufabschluß die stattgehabte Versendung

---

6) LZ. 1914, S. 1763. Daß Flechtheim selbst später zu einem anderen Ergebnis kommt, darüber weiter unten.

7) 7. u. 8. Aufl. 1912 zu § 446 1 a. Anders die 9. Aufl. 1929 zu § 446 I 1 a, S. 85.

billigt. Es kann ja auch dem K. gleichgültig sein, wer die Ware zur Versendung gebracht hat. K. tritt durch den Kaufabschluß lediglich in Vertragsbeziehungen zu Z., und was die geschehene Versendung anbetrifft, so genügt es ihm, wenn Z. dafür einsteht, daß eine vertragsmäßige Ware in ordnungsgemäßer Weise von seinem Verkäufer zu Versendung gelangt ist[8]). Diese Ware soll nun vom Frachtführer an ihn, den K., ausgehändigt werden.

Daraus ergibt sich, daß man zu einer klaren Ablehnung des § 447 allein aus dem Grunde, daß die Versendung nicht auf Verlangen des Käufers erfolge, nicht kommen kann.

2. Der Erfüllungsort[9]).

Die Prüfung der Frage, ob § 446 oder § 447 beim Kauf reisender Ware Anwendung zu finden hat, muß bei einem anderen Punkte einsetzen. § 447 setzt voraus, daß die Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übersandt wird. Die Untersuchung hat davon auszugehen: Wo liegt der Erfüllungsort beim Kauf reisender Ware und fallen Erfüllungsort und Ablieferungsort überhaupt auseinander. Für die Lage des Erfüllungsortes kommen vier, oder richtiger nur drei Möglichkeiten in Betracht: Erfüllungsort könnte sein 1.) der Wohnort des Zwischenhändlers — Schuldners aus dem Weiterverkauf ,also B., 2.) der Bestimmungsort der Ware B.; in unserem Falle identisch mit dem Orte zu 1, 3.) der Ort auf der Strecke A.—B., wo sich der Waggon mit der verkauften Ware im Augenblick des Kaufabschlusses befand; nennen wir ihn den Streckenort A.—B., 4.) der Ort, von wo die Ware an den ursprünglichen Käufer zur Versendung gebracht wurde, also A.; nennen wir diesen Ort den Abladeort, weil dieser Ausdruck am schärfsten ausgeprägt ist[10]). Wir haben also nebeneinander: Schuldnerwohnsitz B., Bestimmungsort B., Streckenort A-B., Abladeort A. Alle vier sind in unserem Falle als Erfüllungsort in Betracht zu ziehen.

8) So OLG. Stettin 8, 62.

9) Der Ort, der hier und im folgenden Erfüllungsort genannt wird, ist nach der oben festgelegten Terminologie der Schuldort. Da das Gesetz aber den Ausdruck Schuldort nicht kennt, schien es angebracht, den Ausdruck Erfüllungsort für Schuldort beizubehalten. Auch der Verkehr gebraucht Erfüllungsort allgemein im Sinne von Schuldort. Da auch alle zitierten Stellen (vergl. unten), nur vom Erfüllungsort reden, würde eine abweichende Terminologie zu Schwierigkeiten führen. — Diesem Erfüllungsort im Sinne von Schuldort ist im folgenden der Ablieferungsort oder Bestimmungsort — beides ja vorliegendenfalls zusammenfallend — gegenübergestellt.

Die Bedeutung dieser Frage für unseren Fall ist leicht ersichtlich. Kommt man dazu, B. als Erfüllungsort anzusehen, dann fallen Erfüllungsort und Ablieferungsort zusammen. Es liegt dann ein Platzkauf vor und der Gefahrübergang wäre nach § 446 zu entscheiden, d. h. er würde erst mit der Uebergabe eintreten. Also würde Z. den Schaden tragen. Kommt man zur Festlegung von A.—B. oder A. als Erfüllungsort, dann fallen Erfüllungsort und Ablieferungsort auseinander. Es liegt dann ein Versendungskauf vor und nach § 447 wäre die Gefahr auf K. übergegangen. Es ergibt sich daraus zugleich, daß die Frage nach dem Erfüllungsort in engster Verbindung steht mit der Frage der Gefahrtragung; beide werden sich von einander nicht trennen lassen. Den vier Möglichkeiten für den Erfüllungsort entsprechen drei Möglichkeiten der Konstruktion des fraglichen Rechtsverhältnisses: 1. Erfüllungsort ist B., dann ist der Kauf reisender Ware nicht anders zu behandeln als der Kauf einer am Platz befindlichen Ware. Es geht dann gemäß § 446 die Gefahr mit der Uebergabe auf den Käufer über. So Warneyer[11]), und OLG. Stettin 2,476. 2. Erfüllungsort ist A.—B., dann tritt der Käufer mit dem Zeitpunkt des Kaufabschlusses in die Transportgefahr seines Verkäufers ein; denn von diesem Augenblick an erfolgt die Versendung auf sein Verlangen. So Flechtheim, LZ. 1914 S. 1736. 3. Erfüllungsort ist A., dann tritt der Käufer in die Transportgefahr seines Verkäufers in vollem Umfange ein; die Gefahr gilt als rückwirkend mit dem Augenblick der Abladung auf ihn übergegangen. So Reichel[12]) und OLG. Stettin 8,62[13]).

---

10) Er stammt aus dem Seerecht, z. B. § 643, Nr. 5, HGB., und bezeichnet den Ort, wo die Verladung in ein bestimmtes Schiff zur Versendung an den Käufer erfolgt.

11) § 446, 2, S. 767.

12) Hans. RZ. 1923, S. 354.

13) Eine eigentliche Begründung dieser Ansichten ist weder bei den Genannten noch sonst in der Literatur zu finden. Man begnügt sich in der Hauptsache damit festzustellen, daß es „so" sei. Deshalb soll auf die Literatur zusammenfassend erst am Ende eingegangen werden, nachdem der eigene Gedankengang der Arbeit durchgeführt ist. Nur soweit möglich sind die Zitierungen laufend zur Stützung einzelner Schlußfolgerungen erfolgt. Bei den gewichtigsten Vertretern der auch hier entwickelten Ansicht — unten wörtlich zitiert — war aber aus dem genannten Grunde eine laufende Einfügung gar nicht möglich. Sie konnten nur wie geschehen zur Stützung des gewonnenen Endergebnisses herangezogen werden.

Den Erfüllungsort bestimmt § 269: „Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte". Danach ist Erfüllungsort in erster Linie der Ort, den die Parteien bestimmt haben. Eine solche Bestimmung hat zwischen Z. und K. nicht stattgefunden. Sodann ist Erfüllungsort der Ort, der sich aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses ergibt. Erst in letzter Linie ist maßgebend der Wohnsitz des Schuldners. Es wird aber zweckmäßig sein, hiermit die Untersuchung zu beginnen.

a) Der Wohnsitz des Verkäufers.

Wenn § 269 letztlich den Wohnsitz des Schuldners als maßgebend für den Erfüllungsort erklärt, so ist damit noch nicht das letzte Wort gesprochen. Die Regelung des Gesetzes, daß der Erfüllungsort mit dem Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses zusammenfalle, hat nur die normal gelagerten Fälle im Auge, nämlich — im Falle eines Kaufvertrages, wie hier in Rede steht — daß sich bei dem Schuldner auch die Ware befindet. Das Prinzip dieser Regelung aber ist folgendes: Schulden sind im Zweifel Holschulden; es ist Sache des Gläubigers, sich die Ware abzuholen.

Solange sich die Ware wie üblich am Wohnsitz des Verkäufers befindet, entspricht die Regelung des § 269 diesem Prinzip. Ganz anders aber in unserem Falle, wo es sich um den Kauf einer Ware handelt, die ohne Zusammenhang mit dem Wohnsitz des Verkäufers irgendwo auf der Reise begriffen ist. Hier spricht auch nichts dafür, den Wohnsitz des Verkäufers als Erfüllungsort anzunehmen. Das wird ganz klar, wenn Wohnsitz des Verkäufers und Bestimmungsort der reisenden Ware, abweichend von dem gegebenen Falle, auseinanderfallen: Wenn der Käufer in Hamburg eine nach Hamburg bestimmte Ware kauft, warum sollte dann etwa gerade Breslau als Ort der Niederlassung des Zwischenhändlers der Erfüllungsort sein? Dieser Ort ist für das Vertragsverhältnis ohne maßgebliche Bedeutung, ja, er ist vielleicht dem Käufer garnicht bekannt. Dieser Ort kann als Erfüllungsort nicht in Betracht kommen. Es ist auch tatsächlich in der Literatur diese Meinung

nirgends vertreten. Deshalb wurde bereits gesagt, daß es richtiger nur drei Möglichkeiten für die Lage des Erfüllungsortes gebe[14]).

Da nämlich die beiden anderen Möglichkeiten des § 269 versagen, bleibt zu fragen, ob nicht Umstände und Natur des Schuldverhältnisses beim Kauf reisender Ware einen bestimmten Erfüllungsort ergeben.

b) Der Standort der Ware bei Kaufabschluß.

In Betracht käme zunächst der Bestimmungsort der Ware, in unserem Falle ebenfalls B. Es wird jedoch zweckmäßig sein, erst zu prüfen, ob nicht der Streckenort A.—B. der wahre Erfüllungsort ist. Denn, wie zu zeigen sein wird, spricht eigentlich für Annahme des Bestimmungsortes als Erfüllungsort gerade — allerdings andererseits auch lediglich — der Umstand, daß der Streckenort A.—B. völlig ungeeignet ist.

Nach dem festgestellten Grundsatz des § 269 hat der Gläubiger im Zweifel die Ware dort in Empfang zu nehmen, wo sie sich zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses befindet. Für den Fall, daß sich die Ware nicht am Wohnsitz des Schuldners, sondern mit Wissen und Willen des Käufers an einem anderen Orte befindet, können danach sehr wohl die Umstände ergeben, daß an diesem Ort auch der Erfüllungsort liegen solle. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch traf in Artikel 324 ausdrücklich eine derartige Regelung. Danach war die Verpflichtung, eine bestimmte Sache zu übergeben, regelmäßig dort zu erfüllen, wo sich die Sache mit Wissen und Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses befand. Dieser Artikel 324 gilt aber heute nicht mehr, und man kann auch nicht mit

14) Da nach den getroffenen Feststellungen der Wohnsitz des Verkäufers als für das Vertragsverhältnis gleichgültiger Ort als möglicher Erfüllungsort völlig ausscheidet, ist es ohne jede Bedeutung, welche Lage dieser Ort im einzelnen Falle hat. Und auch dann ändert sich nichts an dem Ergebnis, wenn wie in dem an den Eingang gestellten Beispiel der Wohnsitz des Verkäufers und des Käufers zusammen fallen. Vergl. gerade für diesen Fall die Mitteilungen der Handelskammer Hamburg 1922, S. 271: Wenn der Verkäufer die Ware an den Ort seiner gewerblichen Niederlassung sendet, an dem sich zugleich die gewerbliche Niederlassung des Käufers befindet, so sei dieser Ort beim Kauf schwimmender Ware trotzdem nicht der Erfüllungsort. „Als Erfüllungsort hat in erster Linie derjenige Ort zu gelten, den die Parteien nach dem Wesen des Vertrages als solchen ansehen."

Mosse-Heymann[15]) sagen, daß Entsprechendes heute noch regelmäßig zu gelten habe, oder mit Dernburg[16]), daß die Bestimmung des Art. 124 auch weiter als Gerichtsregel zu gelten habe[17]). Dagegen ist es zweifellos richtig, daß bei gewissen Käufen, wenn sich die Ware mit Wissen und Willen der Parteien an einem dritten Ort befindet, der aus den Umständen folgende Erfüllungsort ein anderer ist, als der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses. Es braucht in diesem Fall aber nicht notwendig der Ort der belegenen Sache zu sein, was für uns von besonderer Wichtigkeit ist[18]).

Hält man sich in Auslegung des § 269 an die Regel des Art. 324 ADHGB., dann kommt man vorliegenden Falles zur Annahme von A.—B. als Erfüllungsort. So nimmt Flechtheim[19]) an, der Erfüllungsort beim Kauf reisender Ware liege am Standort der Ware zur Zeit des Vertragsabschlusses. Zu demselben Ergebnis kommt zunächst[20]) auch des Reichsgericht in 16,3. Hierbei handelt es sich um den Verkauf einer schwimmenden Ladung; anders als in unserem Falle ist dort der Verkäufer seiner Verpflichtung durch Uebergabe des indossierten Ladescheines nachgekommen. Die Entscheidung erwägt, ob der Erfüllungsort da zu suchen sei, wo die Uebergabe des Papieres erfolgt, das wäre in unserem Falle B.; oder da, wo die rechtliche Wirkung, nämlich der Eigentumsübergang, eintritt. Dieser Streckenort erscheint der Entscheidung zunächst als der maßgebende. Das Ergebnis entspricht also dem vorläufig eingenommenen Standpunkt, nur die Begründung trifft nicht den Kernpunkt der Frage.[21]). Der Erfüllungsort liegt nicht deshalb auf der Transportstrecke, weil dort die Leistung, also die Eigentumsübertragung bewirkt wurde, sondern schon deshalb, weil die Leistung dort zu bewirken war; denn, was die Entscheidung als Erfüllungsort sucht, ist der Schuldort im Sinne Leonhards. Es kommt also gar nicht darauf an, ob an diesem Ort

15) Ergänzung zu §§ 343—372, § 269 BGB., Anm. 3, S. 439.
16) 1/2. Aufl. 1892, Bd. II, 1, § 52, II, 3, S. 114.
17) Dagegen auch Leonhard Erf. u. Sch. O. S. 156/7.
18) Crome Bd. II, § 155, Anm. 8, S. 103, falls eine individuell bestimmte Sache zu übergeben ist. Staub § 372, Anm. 25, S. 783; Planck § 269, 1, S. 59; Staudinger § 269, II, 1 a, S. 117.
19) LZ. 1914, S. 1736.
20) Wegen der endgültigen Entscheidung weiter unten.
21) Die Entscheidung ist aus dem Jahre 1884, aber noch von Bedeutung.

geleistet ist. Die Terminologie des Gesetzes ist hier eben ungenau: Leistungs- gleich Erfüllungsort im Sinne des § 269 ist der tatsächliche Ort der Leistung, Erfüllungs- gleich Leistungsort im Sinne des § 447 aber ist der Ort, wo die Leistung zu bewirken wäre, wenn nicht die Ueberbrückung der Entfernung vom Verkäufer zum räumlich getrennt wohnenden Käufer, der die Ware bei sich haben will, besondere Maßnahmen notwendig machte. In diesem Sinne liegt der Erfüllungsort auch dann auf der Strecke, wenn die tatsächliche Leistung erst mit Ablieferung der Ware nach Beendigung des Transportes erfolgt. Zutreffend ist danach die Entscheidung des OLG. Stettin 2,476. Auch diese geht davon aus, daß beim Verkauf von auf der Eisenbahn rollender Ware der eigentliche Erfüllungsort dort liege, wo die Ware sich im Zeitpunkt des Kaufabschlusses befand. Diese Entscheidung trifft unseren Fall. Denn da das Eisenbahnfrachtrecht kein Traditionspapier kennt[23]), so kommt auch in diesem Falle des OLG. Stettin eine Erfüllung durch Eigentumsübertragung nicht in Betracht.

Trotz dieser Erwägungen, daß an sich der Streckenort maßgebend sei, kommen beide angeführten Entscheidungen letzten Endes zur Ablehnung von A.—B. als Erfüllungsort und sehen die Rettung darin, den Bestimmungsort als Erfüllungsort zu erklären. RG. 16,3 führt aus: „Nun eignet sich aber der Ort (der Streckenort A.—B.) in keiner Weise, um diesen Ort als Erfüllungsort gelten zu lassen. Denn zur Zeit des Kaufabschlusses wissen die Kontrahenten in den seltensten Fällen, wo sich derzeit die Ladung befindet . . . Auch würde es ganz unfruchtbar sein, einen Ort auf dem Ozean als Erfüllungsort gelten zu lassen, wo sich zufällig derzeit die Ladung befindet". Ebenso OLG. Stettin 2, 476: „Wo sich die rollende Ware zur Zeit des Kaufabschlusses befand, wußte keine der Parteien. Es kann also nicht daran gedacht werden, daß dort der Erfüllungsort des Kaufgeschäftes zu suchen sei, wo sie sich nach etwa jetzt anzustellenden Ermittelungen derzeit wirklich befand, da es dann ja, lag sie nicht zufällig an einem Orte der Zusendungslinie still, auf Bestimmung nach Minuten ankommen würde". Diesen Erwägungen ist voll beizupflichten. Der völlig unbestimmte und meist unbestimmbare Streckenort A.—B.

22) Ueber diese Ungenauigkeit schon oben Abschn. 1; III, 2.

23) Auch ein Frachtbriefduplikat liegt in OLG. 2, 476 nicht vor.

kann niemals der Ort der Leistungspflicht sein. Außerdem ist der Streckenort als Erfüllungsort nicht nur für die Gefahrtragung, sondern auch für den Gerichtsstand, für Auslegungsfragen, für Verzug und Unmöglichkeit, und dergl. maßgebend. Es wäre ein Unding, wichtigste Vertragsfragen nach einem derartigen Zufallsort regeln zu wollen.

Seine rein vom Zufall abhängige Lage, seine schwere Bestimmbarkeit und Auffindbarkeit, der Umstand, daß der Streckenort oft auf offener See oder in fremdstaatlichem Gebiet liegen wird, — das sind die Gründe, die gegen seine Annahme als Erfüllungsort sprechen.

Beide angeführten Entscheidungen folgern aus dieser Erwägung, daß man den Bestimmungsort als Erfüllungsort anzusehen habe. Sie erklären damit den Bestimmungsort zum Erfüllungsort infolge Verhinderung.

Demgegenüber muß aber — bei aller begründeten Ablehnung des Streckenortes als Erfüllungsort — für das Weitere daran festgehalten werden, daß der Streckenort als der Ort, an dem sich die Ware bei Kaufabschluß befand, und an dem „eigentlich“[24]) die Leistung zu bewirken und zu empfangen gewesen wäre, an sich der gegebene Erfüllungsort ist, und daß nur aus den besonderen Umständen, die beim Kauf reisender Ware vorliegen, nämlich daß dieser Ort dann völlig unbestimmt und ungeeignet ist, sich ergibt, daß der Streckenort praktisch nicht in Betracht kommen kann.

c) Der Bestimmungsort.

Die Entscheidung, daß der Bestimmungsort der Erfüllungsort beim Kauf reisender Ware sei, kann auf keinen Fall als zutreffend bezeichnet werden. Nur wenige Umstände sprechen für diese Annahme: So führt Leonhard[25]) aus: Man könne wohl den Bestimmungsort als Erfüllungsort (im Sinne von Schuldort) betrachten, „wenn er einmal nicht durch die Konkurrenz des Absendungsortes[26]) oder eines bestimmten Lieferungsortes beeinträchtigt werde“. Das könne insbesondere zutreffen, wenn rollende oder schwimmende Ware unterwegs verkauft werde. Auch Oertmann[27])

24) Vergl. oben S. 26.

25) Erf. u. Sch. O. S. 101. — Auf seine endgültige Stellungnahme werden wir zurückkommen.

26) Hierauf wird zu achten sein!

27) § 269 1 b.

spricht sich dafür aus, daß beim Verkauf von auf dem Transport befindlicher Ware der Bestimmungsort zugleich Erfüllungsort sein soll. Er gibt allerdings keinerlei Begründung.

Ein weiterer Umstand könnte für den Bestimmungsort sprechen, indem man bedenkt, daß die Annahme dieses Ortes als Erfüllungsort zugleich bedeutet, daß der Zwischenhändler als Verkäufer dann die Gefahr der Ware bis zum Bestimmungsort trägt, da § 447 beim Zusammenfallen beider Orte nicht zutrifft: Betrachten wir das vorliegende Geschäft wirtschaftlich, so zieht doch zweifellos der Zwischenhändler Z. aus dem mit K. abgeschlossenen Geschäft, dem Weiterverkauf, einen Gewinn. Dieser Gewinn rechtfertigt sich zum Teil volkswirtschaftlich daraus, daß der Zwischenhändler unter Einsatz seiner Beziehungen und Erfahrungen die Besorgung der Ware vom Produzenten übernimmt. Er rechtfertigt sich ferner daraus, daß der Zwischenhändler die Gefahr des Transportes vom Produzenten bis zu dem, dem Käufer günstiger gelegenen Bestimmungsort übernimmt. Es fragt sich, ob Z., als er die noch unterwegs befindliche Ware verkaufte, sie deshalb zu einem billigeren Preis abgegeben hat, weil er nunmehr von der Transportgefahr befreit werde. — Ist das nicht der Fall, dann wäre es auch billig, daß er weiter die Gefahr bis zum Bestimmungsort trüge. Das würde also zu unserer Frage heißen, daß der Bestimmungsort als Erfüllungsort auch deswegen berechtigt ist, weil dann der Verkäufer wie billig bis dorthin die Gefahr tragen würde.

Um mit dem letzten Punkt zu beginnen, so kann diese Erwägung für die Frage des Gefahrüberganges und auf diesem Umweg auch für den Erfüllungsort nicht ausschlaggebend sein. Die Regelung des Gefahrüberganges in § 447 erfolgt nach dem Prinzip, daß derjenige, der das größte Interesse an der Uebersendung hat, auf dessen Verlangen sie erfolgt, auch die Gefahr derselben zu tragen hat. Selbst wenn nun auch die Parteien für die Ware keinen anderen Kaufpreis vereinbart hätten, als für am Platz befindliche Ware, so ist das ihre Sache. Jedenfalls ist es der Käufer, der beim Kauf reisender Ware das größte Interesse an der Uebersendung hat. Nicht so sehr Z. als K. wünscht, daß die Ware nach B. komme; denn eben K. hat aus besonderen Gründen ein solches Geschäft über die Ware, die sich noch unterwegs befand, abgeschlossen. Etwa weil er gerade diese Ware ganz bestimmt oder besonders schnell haben wollte.

Andernfalls hätte er mit dem Kauf gewartet, bis die Ware eingetroffen war und er sie in Augenschein nehmen konnte.

Volkswirtschaftliche Erwägungen über Preisbildung und -Berechtigung können also nicht zur Ablehnung der Anwendung der Grundsätze des § 447 führen und solche Erwägungen vermögen damit auch nicht die Richtigkeit der Annahme des Bestimmungsortes als Erfüllungsort zu begründen.

Was die erwähnte Stelle aus Leonhard[28]) anbetrifft, so erweckt es nur zunächst den Anschein, als trete Leonhard für den Bestimmungsort ein. Seine wahre Meinung geht dahin — und darin ist ihm vollkommen beizupflichten —: Der Bestimmungsort ist als Erfüllungsort maßgebend, aber nur dann, wenn nicht der Abladeort als möglicher Erfüllungsort neben ihn („in Konkurrenz") tritt.

Ein solcher Fall liegt z. B. in OLG. 37,85 vor. Hier ist Ware „prompte Abladung von Norwegen, auf Besicht in Lübeck" verkauft. Der Abladehaufen ist also garnicht genannt, und „irgend ein garnicht genannter Ort in Norwegen kann nicht in Frage kommen", ebenso kann auch das Land Norwegen nicht gut Erfüllungsort sein, also bleibt nur übrig, Lübeck als Erfüllungsort anzunehmen. Ebenso liegt es in RG, JW. 1893 S. 503,18: Es ist schwimmender, in genere gekaufter Roggen zum Teil weiter verkauft und zwar ausdrücklich Roggen, der „in Rotterdam erwartet" wird. Dort soll der Zwischenhändler den Teil aussondern und weiter an den Zweitkäufer schicken. Hieraus folgert das Reichsgericht: „Damit stellt sich Rotterdam als derjenige Ort dar, an welchem der Beklagte (Zwischenhändler) seine Vertragspflicht zu erfüllen hatte, sofern nicht aus anderen Umständen etwas Gegenteiliges sich ergeben möchte. Solche Umstände liegen aber nicht vor, vielmehr ergibt das dem Vertragsabschluß nachfolgende Verhalten beider Parteien, daß sie übereinstimmend den Vertrag mit Abladung in Rotterdam als erfüllt angesehen haben". Auch diese Entscheidung nimmt zu Recht den Bestimmungsort als Erfüllungsort an, denn ein anderer Ort kommt nach Allem nicht in Betracht. Die Entscheidung spricht aber auch klar und deutlich aus, daß die Umstände in anderem Falle etwas Gegenteiliges ergeben können; und damit kommt sie zu demselben Ergebnis wie Leonhard.

---

28) Erf. u. Sch. O. S. 101.

Solche Fälle wie die angeführten hat Leonhard im Auge, wenn er S. 101 sagt: Den Bestimmungsort könne man wohl als Schuldort betrachten[29]). Seine Meinung für andere Fälle aber geht — nunmehr positiv ausgedrückt — dahin: Wenn Abladeort und Bestimmungsort in Konkurrenz stehen, dann ist der Abladeort der Erfüllungsort.

Dieselben Erwägungen nämlich, die zur Ablehnung des Streckenortes A.—B. führten, stehen, wenn auch in abgeschwächtem Maße, der Annahme des Bestimmungsortes entgegen. Auch der Bestimmungsort ist in vielen Fällen ein rein zufälliger Ort. Oftmals wird er nachträglich geändert[30]). Das trifft gerade beim Verkauf reisender Ware sehr oft zu. Ein solcher vom Zufall abhängiger Ort kann aber nicht wohl für das Vertragsverhältnis entscheidend sein. So sagt Leonhard[31]): „Den Endpunkt, der noch ungewiß ist, darf man beim Verkauf schwimmender Ware nicht für den Schuldort halten. Das zufällige Moment des Bestimmungsortes kann nicht entscheidend sein". Dazu kommt ferner, daß der Bestimmungsort nicht selten erst nachträglich bestimmt wird[32]). Wird dann schwimmende Ware vorher weiterverkauft, so kann man nicht aus den Umständen des Vertrages auf einen Bestimmungsort als Erfüllungsort schließen, der den Parteien zur Zeit garnicht bekannt war.

d) Erfüllungsort ist der Abladeort.

Es gibt beim Kauf reisender Ware einen einzigen Ort, der feststeht und bleibt; das ist der Abladeort; und zu zeigen, daß dieses auch der Erfüllungsort ist, wird die weitere Aufgabe sein: Der Wohnsitz des Schuldners ist gleichgültig beim Verkauf reisender Ware, vielleicht garnicht bekannt; der Streckenort ist völlig ungeeignet; der Bestimmungsort ist veränderlich und ein rein zufälliger Ort. Dagegen wird es stets darauf ankommen, woher eine gekaufte Ware stammt, also der Ort der Absendung wird stets von den Parteien geklärt werden und als wesentlich gelten. Dieser Ort, der Abladeort, ist der Erfüllungsort für den Zwischenhändler; er ist auch der gegebene für den Zweitkäufer, wenn er nicht andere Vereinbarungen trifft[33]).

29) Vergl. oben unter c.
30) ROHG. 25, 193 ff., Leonhard Erf. u. Sch. O. S. 152.
31) Erf. u. Sch. O. S. 101.
32) ROHG. 25, 193 ff.
33) Vergl. Reichel, Hans. RZ. 1923, S. 354, unten zitiert.

Die gegenteilige Annahme, daß der Bestimmungsort Erfüllungsort sei, erweist sich nicht nur deswegen als irrig, weil dann eine rein zufällige Umbestimmung oder Umleitung der Ware maßgebendsten Einfluß auf das Vertragsverhältnis erhält. Vor allem ist diese Annahme auch deshalb verfehlt, weil sie zu offensichtlich unbilligen Folgerungen für die Frage der Gefahrtragung führt.

3. Der Gefahrübergang.

a) § 447 ist maßgebend.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das Zusammenfallen von Bestimmungsort und Erfüllungsort dazu führt, daß das vorliegende Geschäft wie ein reines Platzgeschäft zu behandeln ist und nach den Grundsätzen des § 446 der Verkäufer die Gefahr bis zum Bestimmungsort trägt. Denn eine Uebersendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort — die Voraussetzung für Anwendung des § 447 — liegt dann nicht vor.

Gegen die Annahme, daß zwischen Z. und K. ein einfaches Platzgeschäft vorliege, spricht schon der Umstand, daß K. ausdrücklich reisende Ware gekauft hat. Es muß aber ein Unterschied sein zwischen dem Falle, daß ich eine am Platz befindliche Ware kaufe, die mir auch ohne Weiteres übergeben werden kann, und dem Falle, daß ich gerade eine bestimmte Ware kaufe, von der ich weiß, daß sie sich noch auf der Reise befindet. Im ersten Falle ist es unbedingt gerechtfertigt, daß der Verkäufer die Gefahr trägt. Denn er hat die Möglichkeit, so wie er auch aus dem Kaufe verpflichtet ist, dem Käufer die Ware sofort zu übergeben. Tut er dies nicht, so hat er entweder ein Interesse daran, die Uebergabe nicht gleich zu bewirken, oder er trägt die Gefahr zu mindestens deshalb mit Recht, weil er die Möglichkeit der Ueberwachung hat. Anders, wenn der Fall so liegt wie bei uns. Der Verkäufer kann hier seiner Pflicht zur Uebergabe nicht nachkommen und gerade deshalb nicht, weil eben tatsächlich eine Uebersendung von einem anderen Orte erfolgt. Dazu kommt, daß gerade der Käufer an der Uebersendung ein besonderes Interesse hat, was er durch seinen Kauf reisender Ware zeigt; daß er also von der Uebersendung weiß und sie durch seinen Kauf billigt. Er weiß auch um die erhöhte Gefahr, der die Sache auf dem Transport ausgesetzt ist. Es besteht also kein

Grund, den Käufer K. anders zu behandeln, als den Verkäufer Z. in seinem Verhältnis zu V.[34]). Wenn Warneyer[35]) ausführt: „Wird auf dem Transport befindliche Ware verkauft, so geht die Gefahr im Zweifel mit der Uebergabe an den Käufer auf diesen über, nicht dadurch, daß der Verkäufer dem Frachtführer erklärt, die rollende Ware nunmehr dem Frachtführer namens des Käufers belassen zu wollen", so kann ihm nicht beigetreten werden[36]), da diese Annahme wie gezeigt, dazu führen würde, daß der Käufer K., genau so wie wenn er am Platz befindliche Ware gekauft hätte, von dem Risiko des ihm doch bekannten, nunmehr in seinem Interesse liegenden und von ihm gebilligten Transportes völlig unberührt bliebe.

Es ist deshalb keineswegs zutreffend, die Regeln über das Platzgeschäft hier Anwendung finden zu lassen. Ein einfaches Platzgeschäft könnte nur dann angenommen werden, wenn die Parteien ausgemacht hätten, Z. solle sich selbst die Ware nach B. kommen lassen, um sie hier dem K. auszuhändigen. Hier aber haben Z. und K. ausdrücklich vereinbart, daß die Ware direkt an K. ausgeliefert werden solle, daß also K. in gewisser Hinsicht in die Stellung des Z. eintreten solle; damit erfolgt tatsächlich eine Uebersendung an K. Der Umstand aber, daß Z. und K. am selben Platze wohnen, hindert nicht, das Vorliegen eines Platzgeschäftes abzulehnen und ein Distanzgeschäft anzunehmen. Es folgt dies daraus, daß der Erfüllungsort in erster Linie der freien Vereinbarung der Parteien unterliegt[37]) oder sich aus den Umständen ergibt, ohne irgendwie an den Wohnsitz der Parteien gebunden zu sein.

34) Anders liegt der Fall, wenn ein Käufer Ware kauft, die noch an einem anderen Ort lagert, z. B. es kauft jemand Holz, das noch auf dem Schlage im Walde liegt. Hier wird der Parteiwille meist dahin gehen, daß der Verkäufer sich selbst erst die Ware kommen läßt, um sie dann im Platzgeschäft dem Käufer zu übergeben. Es wird also auch der Erfüllungsort meist da liegen, wo Wohnsitz des Schuldners und Ort des Vertragsabschlusses zusammenfallen (Leonhard, Erf. u. Sch. O. S. 106) oder es wird in diesem Falle so vereinbart werden, daß der Käufer ermächtigt wird, sich selbst die Ware heranzuziehen.

35) § 446, II, S. 767.

36) Vergl. auch OLG. 2, 276, das trotz gleichen Ergebnisses mit Warneyer gerade diese, von jenem abgelehnte Konstruktion als durchaus möglich erwägt.

37) Vergl. OLG. Hamburg, in Seuff. Archiv, 62, S. 178, Nr. 104 und oben Anm. 1 zu S. 62.

Rein wirtschaftlich gesehen erscheint also die Annahme eines Platzgeschäftes falsch; denn diese Lösung führt zu keinem befriedigenden Ergebnis; im Gegenteil erscheinen die Folgerungen dieser Lösung unbillig. Aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit ist das Ergebnis falsch; das Ergebnis widerspricht auch — und hierauf kommt es an, da es sich ja hier um die Auslegung bestehender Gesetze handelt —, das Ergebnis widerspricht juristisch richtiger Konstruktion und einer ungezwungenen Auslegung des Gesetzes seinem Sinn und Zweck nach. Das ergeben gerade dieselben Entscheidungen[38]), die schließlich als Rettung den Bestimmungsort zum Erfüllungsort machen. Wie bereits gezeigt, sind beide angeführten Entscheidungen der Ansicht, daß der wahre Erfüllungsort der Streckenort A—B sei. Nur infolge von dessen gänzlicher Ungeeignetheit erklären sie schließlich den Bestimmungsort für maßgebend. Wäre aber A—B der Erfüllungsort, dann fielen Bestimmungsort und Erfüllungsort auseinander; dann läge ein Versendungskauf vor, und § 447, nicht § 446, griffe durch. Und deshalb sind die Entscheidungen falsch, weil sie einen zunächst zweifelsfrei festgestellten Versendungskauf den Regeln über das Platzgeschäft und dem § 446 unterstellen.

Nachdem man einmal festgestellt hat, daß eigentlich Erfüllungsort und Bestimmungsort beim Kauf reisender Ware auseinanderfallen und damit eigentlich ein Versendungskauf vorliegt, muß auch der für diesen Fall vorgesehene § 447 zur Anwendung kommen. Die zuletzt angeführte Entscheidung (OLG. Stettin 2, 476) — gerade die, die allgemein als eine Art Standard = Entscheidung für den Bestimmungsort angeführt wird — gibt auch selbst zu, daß mit der Festlegung des Bestimmungsortes als Erfüllungsort nicht das letzte Wort gesprochen ist; denn es heißt: „Wollte man dagegen doch Triest (in unserem Falle A, also den Abladeort!) als wirklichen Erfüllungsort ansehen...“ — Es scheint sogar, als wäre die Entscheidung eigentlich diesem Ergebnis mehr zugeneigt.

Hiernach erweist sich also wirtschaftlich sowohl wie juristisch die Lösung, daß der Bestimmungsort der Erfüllungsort sei, auch in ihren Folgerungen für die Gefahrtragung als unbefriedigend und unbillig.

38) RG. 16, 3 und OLG. Stettin 2, 476.

b) Der Zeitpunkt des Kaufabschlusses.

Nun soll damit nicht etwa gesagt sein, daß der Streckenort A—B, wo sich die Ware im Zeitpunkt des Kaufabschlusses befand, wenn er auch für Gerichtsstand und Auslegungsfragen ungeeignet sei, wenigstens für den Gefahrübergang maßgebend sein solle[39]); denn auch diese Regelung befriedigt nicht.

Angenommen nämlich A—B wäre in der genannten Beschränkung Erfüllungsort, dann ergibt sich für den Gefahrübergang folgende Konstruktion[40]): Infolge des Auseinanderfallens von Erfüllungs- und Bestimmungsort liegt ein Versendungskauf vor. Vom Augenblick des Kaufabschlusses reist die Ware auf Verlangen des Käufers K; daß die Versendung nicht durch dessen Verkäufer Z. erfolgt ist, muß gleichgültig sein, da der Käufer sich durch den Kaufabschluß und die Umleitung der Ware an ihn selbst mit der geschehenen Versendung einverstanden erklärt hat[41]). Damit kommt § 447 zur Anwendung und K. ist vom Augenblick des Kaufabschlusses ab in die Transportgefahr seines Verkäufers eingetreten.

Diese Entscheidung entspricht zunächst dem angestrebten Ergebnis. Sie würde auch in unserem Falle zu einer klaren Lösung führen, denn der Untergang der Ware ist nachweislich nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges erfolgt. Also hätte K. den Schaden zu tragen. Ganz anders aber liegt es dann, wenn sich nicht genau feststellen läßt, ob der Untergang der als reisend gekauften Ware bereits vor Kaufabschluß oder erst nachher eingetreten ist; und besonders schwierig wird es dann, wenn es sich nur um eine Verschlechterung der Ware handelt.

Läßt man beim Kauf reisender Ware die Gefahr mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergehen, so zerfällt die Reise bezüglich der Gefahrtragung in zwei getrennte Abschnitte. Man belastet dann den Verkäufer mit dem Beweis dafür, daß zur Zeit des Gefahrüberganges, das wäre im Zeitpunkt des Kaufabschlusses, die Ware

39) Diese Ansicht wäre an sich durchaus möglich, da sehr wohl der Erfüllungsort für die einzelnen Leistungen des Schuldners und für die einzelnen Funktionen ein verschiedener sein kann. So Stein-Jonas ZPO. § 29 III, S. 112; Nolte ZHR. 89, S. 47.

40) So Flechtheim LZ. 1914, S. 1763, auch OLG. 2, 276 erwägt, daß diese Konstruktion die richtige sein könnte.

41) So auch OLG. Stettin 8, 62.

unversehrt, also noch in vertragsmäßigem Zustand vorhanden war. Nach § 459 haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist. Der Käufer wird regelmäßig die Annahme einer mangelhaften Ware als Erfüllung ablehnen, oder nur unter Vorbehalt annehmen. Dann ist es Sache des Verkäufers als desjenigen, der aus der Erfüllung sein Recht auf den Kaufpreis herleitet, zu beweisen, daß er erfüllt hat. Denn wer Rechte aus einem Vertrage herleiten will, muß die Erfüllung beweisen. Dieser Beweis dürfte aber beim Verkauf reisender Ware in den meisten Fällen nicht zu erbringen sein. Man denke z. B. an ein voll beladenes Schiff, in dem die verkaufte Ware neben und unter Massen anderer Waren übersandt wird; genau so bleibt es, wenn das Schiff nur eine einheitliche Ladung führt: In jedem Falle ist es während des Transportes im Rahmen des wirtschaftlich Vernünftigen einfach eine Unmöglichkeit, eine Untersuchung und Feststellung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware vorzunehmen[42]). Selbst wenn man annimmt, daß mit den heutigen Verständigungsmitteln jederzeit eine entsprechende Anweisung an den Schiffsführer möglich wäre, dann kann man doch nicht während der Fahrt die zum Zwecke der Untersuchung unbedingt notwendige Umladung vornehmen. Ganz ebenso liegt es auch bei einem Landtransport. Man kann eine wohlverpackte Frachtladung nicht ausladen, um festzustellen, ob irgend eine Ware darin in Ordnung ist. Oder nehmen wir unseren Fall, wo ein Waggon Ware verkauft ist: Z. kann nicht den rollenden Waggon aus dem zusammengestellten Güterzuge herausnehmen und ihn abladen, um festzustellen, ob etwa die innen liegende Ware durch Nässe oder Hitze oder dergl. gelitten hat.

Infolge dieser Unmöglichkeit, den erforderlichen Beweis zu erbringen, würde tatsächlich der Verkäufer die Transportgefahr bis zum Bestimmungsort tragen. Es wäre also kein anderes Ergebnis gewonnen, als wenn B Erfüllungsort wäre.

---

42) Vergl. z. B. den Fall OLG. Hamburg in Hans. Ger. Ztg. 1894, Nr. 83, wo zu Schiff versandte Häute unterwegs von Ratten angefressen worden waren.

43) Großmann Hans. RZ. 1925, S. 110 weist, allerdings nur nebenbei, auch auf die Unmöglichkeit dieses Beweises hin.

Nun kann man aus dem Umstande, daß es dem Verkäufer Schwierigkeiten macht, den erforderlichen Beweis zu erbringen, zunächst keine Folgen herleiten, um ihn günstiger zu stellen. Denn es ist der Beweislast wesentlich, daß sie auch die Gefahr der Beweismittel umfaßt; das heißt derjenige, der den ihm obliegenden Beweis nicht zu führen vermag, hat die Rechtsnachteile, die sich daran knüpfen, zu tragen. „Beweislast (Beweispflichtigkeit) gibt den Ausschlag bei Beantwortung der Frage, welcher Partei die Nicht-Erwiesenheit einer erheblichen Tatsache zum Nachteil gereicht“[44]), oder wie Leonhard[45]) sagt: „Beweislast gibt Auskunft, wen der Nachteil der unaufgeklärten Ungewißheit trifft“. Man kann also zunächst nur so folgern: Wenn der Verkäufer reisende Ware verkauft, dann hat er sich bei Vermeidung nachteiliger Folgen, den Beweis zu sichern, daß im Augenblick des Vertragsabschlusses die Ware in vertragsmäßigem Zustand vorhanden war. Tut er dies nicht, dann trifft ihn als Beweispflichtigen die Gefahr der Unklarheit[46]).

Wir hatten aber gezeigt, daß gerade in diesem Falle die Beweissicherung unmöglich ist, weil es im Rahmen des wirtschaftlich Vernünftigen auf keinen Fall angängig ist, während des Transportes den vertragsmäßigen Zustand der Ware festzustellen. Insofern führt die strikte Durchführung des Satzes, daß Beweislast Beweisgefahr bedeutet, hier zu einem Ergebnis, das den Grundgedanken des § 447 widersprechen würde. Man kann aber dem Verkäufer nicht mehr zumuten, als daß er dafür einsteht, daß eine vertragsmäßige Ware am Abladeort in gehöriger Art zur Versendung gekommen ist. Diesen Beweis wird der Verkäufer zu erbringen haben. Ebenso kann der Käufer nichts anderes als Abladung einer vertragsmäßigen Ware verlangen; denn wenn er reisende Ware kauft und um die Transportgefahr weiß, der sie ausgesetzt ist, hat er folglich auch mit dieser Gefahr zu rechnen. Man hat anzunehmen, daß der Käufer reisender Ware durch den Kaufabschluß sich den Regeln unterstellen will, die für einen Uebersendungskauf gelten, also dem § 447.

Wenn man unter diesem Gesichtspunkt dem Käufer nunmehr tatsächlich — nicht nur theoretisch — die Ge-

---

44) So RG. in Seuff. Arch. 44, S. 231.
45) Leonhard, Beweislast. S. 128.
46) Vergl. Leonhard Beweislast S. 130.

fahr der reisenden Ware aufbürden will, dann muß man auch auf diesem Wege zu dem Schluß kommen, daß der sich gem. § 269[47]) aus den Umständen ergebende Erfüllungsort beim Kauf reisender Ware der Abladeort ist; denn nur dann trägt der Käufer gem. § 447 wirklich die Gefahr. — Damit wird aber dasselbe Ergebnis bezüglich des Erfüllungsortes wie bereits oben auf gänzlich anderem Wege wiedergefunden und damit seine Richtigkeit erhärtet: Oben wurde schon festgestellt, daß der Abladeort deshalb der Erfüllungsort sei, weil er der einzige feste und maßgeblich wichtige Ort beim Kauf reisender Ware ist; nunmehr hat sich gezeigt, daß auch die Regelung der Gefahrtragung nur bei dieser Annahme so erfolgen kann, wie sie das Gesetz für den Versendungskauf vorsieht[48]).

Das gewonnene Ergebnis entspricht dem Handelsbrauch. Ein Schiedsspruch der Handelskammer Hamburg[49]), der sich auf r o l l e n d e und schwimmende Ware bezieht, äußert sich: „Es entspricht zweifellos dem Handelsbrauch, daß beim Kauf schwimmender Ware nach dem Willen der Parteien mangels ausdrücklicher anderer Abrede immer der Abladeort als Erfüllungsort zu betrachten ist". Ebenso führt Leo[50]) aus: „Verkäufe schwimmender Ware, wie sie bei vielen Gütern üblich sind, erfolgen häufig auf der Grundlage eines Cif-Vertrages und unter dessen Weitergabe. Hier jedenfalls[51]) ist nach der Auffassung des Ver-

47) Also bei Auslegung des Gesetzes.

48) Es muß ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß es sich hier nur um den Erfüllungsort in seiner Funktion für den Gefahrübergang handelt. Es ist hier nicht zu prüfen, ob der so gefundene Ort in jedem Falle auch derjenige ist, der Gerichtsstand und anzuwendendes Recht bestimmt. Ich möchte aber jedenfalls diese Frage im allgemeinen bejahen. Um mit Reichel (Hans. RZ. 1923, S. 354) zu sprechen, so liegt kein Grund vor, den „Z. als Verkäufer mit anderem Maße zu messen wie als Käufer, oder den K. als Käufer anders wie Z. als Käufer." Etwas anderes ist es, wenn Z. und K. in demselben staatlichen Rechtsgebiet oder sogar wie hier am gleichen Orte wohnen. Hier wird man vielleicht einen dahingehenden Parteiwillen annehmen können, daß inländisches Recht und inländischer Gerichtsstand zu gelten habe.

49) Mitteil. der Handelskammer Hamburg 1922, S. 270.

50) Bankarchiv 1914, S. 93, 4.

51) Daß hier nur vom Cif-Geschäft die Rede ist, ist auf unsere Frage nach der Lage des Erfüllungsortes ohne Einfluß. Das Ergebnis gilt genau so für das Nicht-Cif-Geschäft; denn in der Besonderheit des letzten liegt nicht der Grund für die Annahme des Abladeortes als Erfüllungsort. Die Cif-Klausel bedeutet lediglich,

kehrs der Abladeort Erfüllungsort, nicht die Handelsniederlassung des inländischen Weiterverkäufers". Ebenso nimmt OLG. Hamburg[52]) an, daß der Erfüllungsort für den Zweitkäufer, also K. derselbe bleibt,wie für seinen Vorgänger Z. Dasselbe nimmt wohl auch Staub an[53]): „Wenn der Verkäufer dem Käufer schwimmende Ware von auswärts liefern soll, so ist der auswärtige Abladeort der Ware der Erfüllungsort des Verkäufers; von diesem Ort muß die Ware in vertragsmäßigem Zustand abgegangen sein". Ebenso führt Holländer[54]) aus, daß der Erfüllungsort für den Zweitkäufer derselbe bleibt, wie für das ursprüngliche Schuldverhältnis, also der Abladeort. Auf demselben Standpunkt steht auch Wüstendörfer[55]).

§ 39 der Usancen des Hamburger Warenvereins[56]) und § 18 der Hamburger Platz-Usancen[57]) bestimmen: „Bei Kost-Frachtgeschäften ist der Abladeort der Erfüllungsort der Lieferung". — Ebenso übrigens auch § 37 der Usancen des Drogen-Vereins[58]), § 30 der Usancen des Süd-Frucht-Vereins[59]), § 11 der Verkaufsbedingungen des Vereins der am Kaffeehandel beteiligten Firmen in Hamburg, gültig für Deutschland[60]), § 27 der Geschäftsbedingungen des Eierprodukten-Einfuhrverbandes[61]). Diese Festlegung des Erfüllungsortes bezieht sich auch auf Verträge über schwimmende Ware. Das folgt aus der Stellung der Paragraphen im System. Diese Bestimmungen über den Erfüllungsort stehen ganz unmittelbar hinter den Bestimmungen über Verkäufe von schwimmenden Waren. Daß die angeführten Stellen nur vom Kost-Fracht- und Cif-Geschäft sprechen, ist für unsere Frage gleichgültig. Das Ergebnis bleibt bei

daß der Verkäufer cost, insurance, freight also Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Bestimmungsort zu tragen hat, ist aber sonst auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, soweit es hier darauf ankommt, ohne Einfluß. Vergl. auch hierzu unten.

52) Hans. Ger. Ztg. 1894, Nr. 83, S. 239, Hamburger Handels-Ger. Ztg. 1878, Nr. 117, S. 249.

53) § 372, Anm. 29, S. 786. Staub vertritt allerdings an anderer Stelle, § 382, Anh., Anm. 48 a, S. 494, eine Ansicht, die im Widerspruch zu seiner hier vertretenen steht. Vergl. hierzu unten.

54) § 4, S. 29.

55) Hans. RZ. 1926, S. 497 ff.

56) Leuckfeld-Mathies, S. 376.

57) Ebenda, S. 125.

58) Ebenda, S. 186.

59) Ebenda, S. 562.

60) Ebenda, S. 417.

61) Ebenda, S. 199.

Nichtvorhandensein dieser Klausel dasselbe. Das ergibt sich aus der Bedeutung der cif-Klausel. Diese verschiebt nämlich weder den Erfüllungsort, noch ändert sie etwas am Gefahrübergang[62]). „Die cif-Klausel regelt die Tragung der Gefahr selber nicht, sondern nur das Mittel, der Gefahr zu begegnen[63])".

c) Gefahrübergang rückwirkend mit erfolgter Abladung.

Mit der Annahme des Abladeortes A als Erfüllungsort ist das Ergebnis folgendes: Es liegt ein Versendungskauf vor und damit kommt § 447 zur Anwendung. Mit Abschluß des Kaufvertrages über die reisende Ware billigt K. die geschehene Versendung; er weiß auch, daß die Ware auf dem Transport besonderen Gefahren ausgesetzt ist und übernimmt dieses Risiko. Er tritt also bezüglich der Transportgefahr in das Verhältnis seines Verkäufers Z. mit dem Ablader V. ein und kann von seinem Verkäufer nur verlangen, daß eine vertragsmäßige Ware in ordnungsmäßiger Weise zur Uebersendung abgeladen worden ist; oder vom Standpunkt des Verkäufers gesehen: so verkauft dieser die Ladung in derselben Weise, wie er es mit seinem Verkäufer vereinbart hat.

Hiergegen führt Staub[64]) an: „Der Kauf schwimmender Ware, also eines Konnessements[65]), bedeutet, wenn das Gegenteil nicht ausgemacht ist, gerade nicht den Eintritt in dem Käufer völlig unbekannte schuldrechtliche Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dessen Vormännern. Im Gegenteil bedeutet der Kaufabschluß über schwimmende Ware gerade, daß sie noch schwimmt, also noch in vertragsmäßigem Zustande vorhanden ist". Wenn Staub hier meint, der Käufer wolle nicht in die ihm unbekannten Verhältnisse zwischen seinem Verkäufer und dessen Vormännern ein-

62) Leo Bankarchiv, 1914, S. 92. Staub § 372, Anm. 31, S. 788: „Es ist auch in der Klausel cif, die die Uebernahme der Versicherung und Fracht bedeutet, keine Aenderung des gesetzlichen Erfüllungsortes enthalten." Eisser S. 23 ff. RG. in JW. 1916, S. 1409: „Cif bedeutet nur, daß die Ablieferspesen am Lieferplatz zu Lasten des Käufers sind." Großmann-Doerth § 60, S. 354, der die gegensätzliche Ansicht widerlegt. Auch aus der vielfach üblichen Klausel: „Cif Bestimmungsort (Hamburg), Erfüllungsort Bestimmungsort (Hamburg)" ergibt sich, daß cif den Erfüllungsort nicht festlegt.

63) Dethlefsen, S. 53.

64) § 382, Anh., Anm. 48 a, S. 494.

65) Der Fall ist nicht anders zu beurteilen, wenn keine Traditionspapiere übergeben sind.

treten, so trifft dieser Einwurf nicht die gewonnene Entscheidung. Der Käufer tritt nicht in das Verhältnis zwischen seinem Verkäufer und dem Ablader ein, sondern er wird nur so gestellt, als ob sein eigener Verkäufer selbst ordnungsgemäße Ware am Abladeort zur Versendung gebracht hätte. Also der Käufer tritt lediglich in die Transportgefahr seines Verkäufers ein. Eintritt in den Vertrag würde bedeuten, daß K. an Stelle des Z. träte, und daß er sich wegen aller Vertragsfolgen, gerade auch wegen solcher, die auf Verschulden des V. beruhen, so wie der ursprüngliche Käufer Z. an den ihm wahrscheinlich unbekannten V. halten müßte. K. müßte dem V. gegenüber Schadensersatz, Wandlung, Minderung, Ansprüche aus nicht genommener Versicherung, aus positiver Vertragsverletzung usw. geltend machen. Da K. aber nicht in den Vertrag, sondern nur in die Gefahr des Z. eintritt, übernimmt er lediglich solche Schadensfolgen, die durch Zufall entstanden sind. Wegen aller übrigen Schäden kann K. sich an seinen Verkäufer Z. halten. K. kann also, wenn V. schuldhaft seine Vertragspflicht verletzt hat, wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung seinen Verkäufer Z. in Anspruch nehmen; — übrigens genau so, als wäre erst im Zeitpunkt des Kaufabschlusses, wie es anscheinend (vergleiche oben) Staub will, die Gefahr übergegangen. Denn Z. hat dem K. dafür einzustehen, daß ordnungsgemäße Ware vom Abladehafen abgegangen ist. K. selbst hat nur bei zufälliger Verschlechterung der Ware, nicht aber bei schuldhaft schlechter Lieferung, den Schaden zu tragen. Sache des Z. ist es, sich im Falle schuldhaft mangelhafter Lieferung seinerseits an V. schadlos zu halten. Hieraus ergibt sich zugleich folgendes: Liegt ein Schaden vor, der auf Verschulden des V. zurückzuführen ist, dann kann sich K. an Z. halten und hat mit V. nichts zu tun. Liegt andererseits ein zufälliges schadenbringendes Ereignis vor, dann ist dieses seiner Natur nach von der Person des V. unabhängig; es kann nicht von ihm verschuldet sein. Wer auch immer V. ist, bei zufälligen Ereignissen ist die Person des ersten Verkäufers gleichgültig. Gleichgültig ist auch, in welchem Verhältnis K. zu ihm steht. K. braucht auch in diesem Falle eines zufälligen Schadens, den er zu tragen hat, mit V. nicht in Berührung zu kommen. K. sieht sich also, weil er nicht in den Vertrag oder das Verhältnis zwischen Z. und V. eintritt, sondern nur in die Gefahr, keinesfalls „völlig unbekannten Verhältnissen“ gegenübergestellt. Da-

mit entfällt auch das eine Bedenken Staub's gegen die Rückbeziehung der Gefahr.

Dem zweiten Einwand, der Kaufabschluß über reisende Ware bedeute, daß sie noch in vertragsmäßigem Zustand vorhanden sei, ist entgegenzuhalten: Derartiges werden wohl die Parteien in den meisten Fällen vereinbaren; wenn aber nichts ausgemacht wird, wird man eine derartige Auslegung der Erklärung des Verkäufers nicht vornehmen können. Z. hat dem K. nicht die Ware verkauft, die sich zur Zeit gerade wohlbehalten auf der Strecke zwischen A. und B. befand, sondern Z. hat dem K. die Ladung verkauft, die V. in A. in ordnungsgemäßer Weise an ihn abgesandt hatte. Vielfach wird ja Z. auch garnichts anderes erklären können, da er selbst über Standort und Beschaffenheit der reisenden Ware nicht unterrichtet sein wird. Staub sagt auch nichts darüber, wie es zu halten ist, wenn die Ware zwar vorhanden ist, wenn nur nicht feststeht, ob sie sich bei Kaufabschluß noch in vertragsmäßigem Zustand befunden hat. Erst dann aber zeigt sich klar, daß die konsequente Durchführung der Staub'schen Ansicht zu einer Unbilligkeit führt.

„Es[66]) kommt also", nach der hier vertretenen Ansicht, „nicht darauf an, ob im Augenblick des Vertragsschlusses die Ware noch vorhanden, oder infolge See- oder Kriegsgefahr untergegangen, angehalten, gekapert war". Etwas anderes ist es, wenn der Verkäufer eine Ware verkauft, von der er weiß, oder wissen muß, daß sie nicht mehr vorhanden ist. In diesem Falle macht er sich gem. § 307 schadensersatzpflichtig; denn er hat trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Unmöglichkeit der Leistung einen Vertrag abgeschlossen, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet war. Wird eine Ware weiterverkauft, die mit Wissen des Verkäufers bereits beschädigt war, dann ist eine positive Vertragsverletzung des Verkäufers gegeben. Das heißt, es liegt dann ein schuldhaftes (wider Treu und Glauben verstoßendes), den Vertragszweck vereitelndes oder gefährdendes Verhalten vor, das weder Verzug noch Unmöglichkeit ist, und das auch nicht speziell geregelt ist. Ein solches Verhalten verpflichtet den Verkäufer aus § 276 zum vollen Schadensersatz[67]).

---

66) Leo Bankarchiv 1914, S. 93, 4.

67) Aehnlich will anscheinend Wüstendörfer, Hans. RZ. 1926, S. 500, konstruieren; ebenso auch Großmann-Doerth, § 53, S. 299.

Was das gewonnene Ergebnis eigenartig und vielleicht auf den ersten Blick falsch erscheinen läßt, das ist die damit verbundene Rückverlegung des Gefahrüberganges auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine derartige Rückbeziehung völlig fremd. Es ist ihm aber auch ein Kauf reisender Ware überhaupt fremd. Und deshalb kann man nicht das Ergebnis einer erweiternd auslegenden Deutung des Gesetzes wieder mit dem Gesetz in Einklang sehen wollen. Dazu kommt, daß außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches, gerade in dem auch hier vorliegenden fortentwickelten Handelszivilrecht, wie es Wüstendörfer[68]) nennt, der Gedanke einer Rückverlegung des Gefahrüberganges nichts Neues ist.

Es sei zunächst auf den Deutschniederländischen Getreidevertrag verwiesen; der Schlußschein nach dem Deutsch-Niederländischen Getreidevertrage[69]) enthält unter dem Leitwort „Verladeanzeige" folgende Bestimmung: „Ware aus einem Schiff, das durch Havarie seeuntüchtig geworden ist, ist nicht mehr andienbar, sofern der Verkäufer von der Seeuntüchtigkeit Kenntnis erlangt hat[70])". Also ist die Ware andienbar, wenn der Verkäufer nur keine Kenntnis von der Seeuntüchtigkeit des Frachtschiffes hat. Das heißt aber nichts anderes, als daß eine Gefährdung oder Verschlechterung der Ware, die zwischen der Abladung und der Andienung durch die Verladeanzeige eintritt, zu Lasten des Käufers geht. Die Absendung der Verladeanzeige bewirkt danach, daß rückwirkend auf den Zeitpunkt der Abladung dem Käufer die Gefahr aufgebürdet wird[71]). Dieselbe Bestimmung enthält das Cif-Formular für die Einfuhr von Futtermitteln nach Hamburg[72]): „Ware, die havariert ist,

68) Hans. RZ. 1926, S. 441.

69) Schlußschein des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse nach dem Deutsch-Niederländischen Vertrage für Teilladungen von Getreide vom Schwarzen Meer, dem Asow und der Donau, abgedruckt bei Leuckfeld-Mathies, S. 342, C II, 1, 5.

70) Die Hamburger Getreide-Cif-Schlußscheine Nr. 10 und 11 beschränken seit dem 1. Juli 1927 dieses Verbot auf den ersten Verkäufer. (Großmann-Doerth, § 52 I, 1, S. 284). Der Weiterverkäufer oder Zwischenhändler, der also die Ware als bereits schwimmend weiter verkauft, kann hiernach auch bei Kenntnis vom Untergang der Ware diese noch weiter andienen. Das heißt: Der Käufer schwimmender Ware trägt dann ohne jede Einschränkung die Gefahr der Ware schon für die Zeit vor Andienung, also von Abladung an.

71) Ebenso Dethlefsen, S. 41.

72) Hamb. Futtermittel-Schlußschein Nr. 3, § 5, Abs. 6.

darf der Verkäufer nicht mehr andienen, nachdem er von der Havarie Kenntnis erhalten hat. Bei ordnungsmäßig angedienter Ware geht Havarie zu Lasten des Käufers". Auch hier trägt also der Käufer die Gefahr schon für die Zeit vor Andienung[73]). Weiter wird es „im Einfuhrhandel mit Kaffee, Häuten, Fasern, Därmen, Holz und dergl. so gut wie allgemein für ganz selbstverständlich gehalten, daß der Verkäufer die auf diesen bestimmten Kontrakt abgeladene Ware auch dann noch andienen darf, wenn die Ware bereits verloren gegangen ist und zwar ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis des Verkäufers[74])". In anderen Zweigen des Handels sind die Meinungen geteilt oder es wird nicht klar Stellung genommen[75]). Hier braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden, da jedenfalls feststeht, daß die Rückbeziehung der Gefahr dem Handel durchaus nichts Unbekanntes ist. Mehr war hier nicht zu zeigen.

Was die Rückverlegung des Gefahrüberganges anbetrifft, so sei ferner verwiesen auf die Rechtsprechung des

---

73) Großmann-Doerth (§ 52, II, S. 285, Anm. 108) glaubt solche Auslegung dieser Verträge, wie sie auch das Hanseatische Oberlandesgericht in Hans. Ger. Ztg. 1919, Nr. 98 (siehe unten) vornimmt, als juristisch, was bei ihm meistens den Beigeschmack weltfremder Begriffsakrobatik hat, bekämpfen zu müssen. So wie geschehen, sagt er, legt man das BGB. aus, aber nicht kaufmännische Formulare. Die Klauseln wollten unter Umständen nichts mehr, als sie wörtlich sagen: Nach Kenntnis soll nicht angedient werden. Man könne also nicht daraus folgern, daß die Gefahr schon mit der Abladung übergehe. Dieser Vorwurf schlägt sich selbst. Wenn die Frage des Gefahrüberganges streitig wird und das Formular bei „kaufmännischer" Auslegung über den Streitpunkt nichts besagt, dann muß man es eben seinem Sinn und Zweck nach auslegen und nichts anderes heißt es doch wohl auch, wenn man das Formular „juristisch" auslegt. Gerade dem Hanseatischen Oberlandesgericht kann man schwerlich den Vorwurf machen, den speziell Hamburger Fragen des Uebersee-Handels fremd gegenüber zu stehen. Großmann-Doerth spielt selbst mit Begriffen, indem er dem OLG. Hamburg vorwirft, es verwechsele bei seiner Auslegung Grundsatz und Ausnahme des Formulars. Grundsatz sei vielleicht gerade, daß die Gefahr erst mit Andienung übergehe, und nur eine Ausnahme bestehe zu Gunsten des gutgläubigen Verkäufers. Hier kommt es auf Grundsatz und Ausnahme gar nicht an, sondern wenn der gutgläubige Verkäufer untergegangene Ware noch anbieten darf, dann trägt eben der Käufer schon für die Zeit vor Andienung die Gefahr; ob er sie grundsätzlich oder ausnahmsweise trägt, wird ihm höchst gleichgültig sein.

74) Großmann-Doerth, § 52 II, S. 293.

75) Vergl. bei Großmann-Doerth, § 52 II, S. 290.

Hanseatischen Oberlandesgerichts und auf Nolte und Wüstendörfer: Diese lassen im Falle der Uebersendung von Ware vom Abladeort als Erfüllungsort aus den Gefahrübergang mit Absendung der Verladeanzeige dergestalt eintreten, daß die Gefahr rückwirkend als bereits mit der Verschiffung übergegangen gilt. Das Hanseatische Oberlandesgericht sagt[76]): „Die Prüfung ergibt..., daß die Konzentration des Schuldverhältnisses und der Uebergang der Gefahr bereits mit dem Zeitpunkt der Verschiffung als erfolgt anzusehen ist". Nolte meint[77]): „Der Verladeanzeige ist rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Verladung oder Uebergabe zur Beförderung beizumessen". Wüstendörfer führt aus[78]): „Der Absendung der Verladeanzeige oder des Konnossements ist hinsichtlich Konkretisierung und Gefahrtragung nach geltendem deutschen Recht[79]), und nicht nur im Rahmen des Deutsch-Niederländischen Getreidevertrages, Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Verladung beizulegen". Großmann-Doerth[80]) stellt fest: „Gutgläubige Andienung, das ist Andienung zu einer Zeit, wo der Verkäufer von einem Reiseunfall weder weiß noch solcher sonst in den beteiligten Kreisen bekannt ist, solche Andienung ist also gültig, auch wenn sich nachher herausstellt, daß ein Reiseunfall vor der Andienung bereits sich ereignet hat.... Der Käufer trägt die Gefahr von Ereignissen, die sich zu einer Zeit zutragen, zu welcher noch keinerlei Beziehungen zwischen der Ware und dem Kontrakt bestehen".

Auch das französische Recht[81]) kennt diese Regelung: Die Gefahr einer Schiffsladung geht mit Erstattung der Verladeanzeige auf den Käufer über; der Uebergang hat aber rückwirkende Kraft, nämlich auf den Zeitpunkt der Verladung. 1926 erklärte die International Law Association auf der Konferenz in Wien, daß beim Verkauf von auf dem Transport befindlichen Gütern der Käufer die Gefahr zu tragen habe, es sei denn, daß Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von Verlust oder Beschädigung der reisenden

76) Hans. Ger. Ztg. 1919, Nr. 98.

77) ZHR. Bd. 89, S. 57.

78) Hans. RZ. 1926, S. 497 f.

79) Also Gesetzes- und nicht Vertragsauslegung, was auch hier die Grundlage bildet!

80) § 53, S. 299.

81) Vergl. bei Großmann Hans. RZ. 1925, S. 94.

Ware zur Zeit des Kaufabschlusses nachgewiesen werde. Einen ähnlichen Vorschlag reichte die dänische und niederländische Landesgruppe bei der International Law Association ein[82]): Danach soll, wenn auf dem Transport befindliche Güter verkauft werden, bereits mit Beginn des Transportes die Gefahr auf den Käufer übergehen, und zwar gleichgültig, ob Papiere übergeben werden oder nicht.

Diese Ausführungen zeigen, daß der Gedanke einer Rückverlegung der Gefahr dem deutschen Rechtsleben nicht unbekannt ist; man kann also sehr wohl den § 447 erweiternd dahin auslegen, daß beim Kauf schwimmender Ware die Gefahr bereits rückwirkend mit erfolgter Abladung auf den Käufer übergeht. Auch fremdes Recht kennt dieselbe Lösung. Am schärfsten und klarsten aber ist der Gedanke in dem sich entwickelnden internationalen Recht zum Ausdruck gekommen. Denn dort können sich neue, gute Rechtsgedanken am Besten durchsetzen. Das Ergebnis, das gefunden wurde, kann danach nicht mehr abwegig erscheinen.

Während also im allgemeinen ein Gefahrübergang auf den Käufer stets erst dann eintritt, wenn er — unscharf ausgedrückt — mit der Ware in Berührung gekommen ist, sei es, daß sie ihm übergeben ist, sei es, daß sie auf sein Verlangen an ihn zur Uebersendung gebracht ist, geht der Käufer hier ein Risiko ein für eine Zeit, da die Ware überhaupt noch nicht in seinen Gesichtskreis gekommen ist. Er kauft möglicherweise eine Ware, die nicht mehr vorhanden ist und hat trotzdem den Kaufpreis zu zahlen, während er sonst in solchem Falle stets wegen Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verpflichtung frei wird. Auf Grund der Rückverlegung des Gefahrüberganges kann der Verkäufer, solange er gutgläubig ist, beschädigte, bestohlene, überhaupt nicht mehr vorhandene Ware anbieten. Alle diese Schäden — ob sie vor oder nach Kaufabschluß eingetreten sind — sie gehen alle zu Lasten des Käufers[83]). Um es nochmals zu betonen: Dieses Ergebnis müßte falsch erscheinen, — denn wie kann jemand die Gefahr einer Ware für eine Zeit tragen, da er mit der Ware noch ohne jegliche Beziehung war —, das Ergebnis ist aber weder falsch noch unbillig. Wer

82) Vergl. bei Eisser § 5, S. 30.
83) Vergl. bei Großmann-Doerth § 53, I, S. 299.

schwimmende Ware kauft, ist sich darüber klar, oder muß es wenigstens bei vernünftiger Ueberlegung sein, daß die gekaufte Ware möglicherweise bereits verloren oder verletzt ist. Diese Ungewißheit wird also bewußt in Kauf genommen. Deshalb wird dem Käufer durch die Rückverlegung der Gefahr nichts auferlegt, was er nicht sowieso schon in den Kreis seiner Erwägungen und Berechnungen (Kalkulation) gezogen hat, oder gezogen haben muß.

Hinzu kommt, daß praktisch die reisende Ware stets versichert ist, und daß nur versicherte Ware gekauft wird. Die Versicherungspolice aber wird dem Käufer zusammen mit den anderen Papieren übergeben. Deshalb kann er das Risiko auf sich nehmen, reisende Ware zu kaufen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie dem gewonnenen für Erfüllungsort und Gefahrtragung kommt auch Leo[84]): „Beim Verkauf schwimmender Ware ist nach Auffassung des Verkehrs der Abladeort Erfüllungsort... Der Käufer tritt an Stelle des Verkäufers in seinen Vertrag[85]) und seine Gefahr ein". Ebenso Holländer[86]): „Der Käufer tritt in das Verhältnis, das seinen Vorgänger mit der Ware verknüpft... ein. Das ursprüngliche Schuldverhältnis zwischen dem ersten Verkäufer und dem Käufer ist insofern erfüllt, als die Ware dem Verfrachter übergeben... ist. Daher ist der Erfüllungsort derselbe geblieben". Im selben Sinne entscheidet OLG. Stettin 8, 62: „...Denn wenn auch die Voraussetzungen des § 447 unmittelbar hier nicht vorliegen, sofern nicht der Verkäufer des Klägers - Käufers selbst den Roggen auf Verlangen des Klägers - Käufers von (A) nach (B) versandt hat, so muß doch die Sachlage so beurteilt werden, als wenn dies der Fall gewesen wäre. Kläger - Käufer ist, indem er den an Order des Beklagten - Verkäufers verladenen Roggen kaufte und den Ladeschein annahm, in Ansehung der Menge und Beschaffenheit der Ware in das Verhältnis zwischen dem Ablader (V) und dem Beklagten - Verkäufer anstelle des letzteren eingetreten und kann daher von seinem Verkäufer, dem Beklagten, nur verlangen, daß dieser ihm den Roggen so liefere, wie er ihn selbst von seinem Vormanne übernehmen muß".

---

84) Bankarchiv 1914, S. 93, II, 5.

85) In den Vertrag tritt nach der entwickelten Auffassung (vergl. oben) der Käufer nicht ein. So auch Staub § 382, Anm. 48 a, S. 493.

86) § 4, S. 29.

Ebenso entscheidet schon das Handelsgericht Hamburg[87]): „Denn beim Kauf schwimmender Ware trifft regelmäßig den Käufer die Gefahr der Reise". Es führt weiter aus, daß der auf Abnahme klagende Verkäufer den Beweis dafür führen müsse, daß „die jetzt beschädigte Ware bei ihrer Verladung im Abladehafen so beschaffen war, daß sie als Handelsgut zu gelten hatte". Der Verkäufer erhält danach den Kaufpreis, wenn die Ware zur Zeit der Abladung vertragsgemäß war; das heißt die Gefahr ist rückwirkend mit erfolgter Abladung übergegangen. Das Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg[88]) kommt zum Ergebnis: „daß der Kauf schwimmender Ware als reines Distanzgeschäft anzusehen ist, sodaß also mit rückwirkender Kraft die Gefahr auf den Käufer übergeht in demjenigen Zeitpunkt, in dem der Verkäufer alles seinerseits Erforderliche getan, das heißt die Ware dem Transportführer übergeben hat".

Reichel[89]) führt aus: „Verkauft A. (Hamburg) dem B. (Hamburg) eine nach Uebersee lagernde Ware cif Hamburg, so schlägt hiernach § 447 ein. Versendet nun B. die bereits schwimmende Ware an C., so ist nicht einzusehen, warum — blos deswegen, weil die Ware schon reiset — B. als Verkäufer mit anderem Maße zu messen sein soll wie als Käufer, oder C. als Käufer anders wie B. als Käufer. Es ist vielmehr zu unterstellen, daß der Weiterverkauf B.—C. sich nach gleicher Maßgabe vollzieht wie der Verkauf A.—B". Von den Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches äußern sich im selben Sinne Staudinger[90]): „Zweifelhaft ist, ob § 446 auch zu gelten hat beim Verkauf einer Ware auf dem Transporte; vergleiche hierbei OLG. 2, 476; es wird aber richtiger sein, beim Verkauf reisender (schwimmender, rollender) Ware hinsichtlich der Gefahrtragung mit Reichel nicht § 446, sondern § 447 anzuwenden". Ebenso Soergel[91]): „§ 447, nicht § 446 ist für den Gefahrübergang auch maßgebend beim Verkauf reisender, rollender, schwimmender Ware; die Gefahr gilt rückwirkend als schon mit der Uebergabe an die Transportanstalt auf den Käufer übergegangen. (Reichel)".

87) Hamb. Handels-Ger.-Ztg. 1878, Nr. 117, S. 249.
88) Mitteil. der Handelsk. 1922, S. 271.
89) Hans. RZ. 1923, S. 354.
90) § 446, I, 1 a, S. 86.
91) § 447, Anm. 7, S. 780.

Das Ergebnis für unseren Fall ist nunmehr: zwischen Z. und K. wurde kein Platzgeschäft abgeschlossen, sondern ein Distanzkauf. Erfüllungsort könnte sein der Streckenort A.—B.; die Annahme dieses Ortes erweist sich aber als unzutreffend, denn es kann dieser Ort nicht dem Willen der Parteien entsprechen. Erfüllungsort ist vielmehr der Abladeplatz A.; dahingehend besteht auch ein Handelsbrauch.

K. ist durch Abschluß des Kaufes in die Transportgefahr seines Verkäufers eingetreten. Die Gefahr ist rückwirkend mit erfolgter Abladung der Ware durch V. in A. zur Uebersendung nach B. auf den K. übergegangen. K. hat also den eingetretenen Schaden zu tragen.

4. Aenderung in der Lage des Verkäuferwohnsitzes.

Nach dem nunmehr gefundenen Ergebnis erweist es sich nicht mehr als erforderlich, den an den Eingang gestellten Fall dahin abzuändern, daß der Wohn- oder Geschäftssitz des Zwischenhändlers an einem anderen Ort als dem Bestimmungsort B. liegt. Ob der Wohnsitz des Z. an einem Punkte hinter der Beförderungsstrecke A.—B. liegt, oder an einem Punkte zwischen A.—B., ist gleichgültig. Die bereits gegen den Wohnsitz als Erfüllungsort angeführten Gründe sprechen dann nur noch in verstärktem Maße gegen diesem Ort. Der Wohnsitz des Zwischenhändlers kommt als den Parteien völlig gleichgültig und oft garnicht bekannt nicht als Erfüllungsort in Betracht. Gleichgültig, wo der Wohnsitz liegt, bleibt das Ergebnis bestehen, daß der sich aus den Umständen ergebende — und daher nach § 269 dem Wohnsitz vorgehende — Erfüllungsort beim Kauf reisender Ware ein anderer ist und zwar, wie wir gefunden haben, eben der Abladeort.

II. Kauf schwimmender Ware gegen Konnossement.

Bisher wurde davon ausgegangen, daß sich der Verkauf zwischen Z. und K. ohne Uebergabe von Traditionspapieren abgespielt habe. Der Eingangs gegebene Fall soll nun dahin abgeändert werden, daß Z. an K. schwimmende Ware gegen Uebergabe des Konnossements verkauft hat. Aendert sich damit auch die gefundene Entscheidung?

Für den Fall des Verkaufs schwimmender Ware gegen Konnossement vertritt das Reichsgericht[92]) den Standpunkt, daß die Gefahr mit Uebergabe des Konnossements auf den Käufer übergehe. Dasselbe lehrt Staub[93]), der sich auf die Entscheidung RG. 52, 354 beruft. Diese führt aus: „Nach der im Tatbestand und der Begründung des Berufungsurteils enthaltenen Fesstellung, wonach die Klägerin - Verkäuferin behufs Erfüllung des fraglichen Gattungskaufes während des Dampfertransportes der betreffenden Ware der Beklagten - Käuferin das diese zur Empfangnahme derselben legitimierende Konnossement übergeben hat, ist nämlich gemäß § 647 HGB. §§ 931 und 446 BGB. die Gefahr dieser Ware schon während des Seetransportes auf die Beklagte - Käuferin übergegangen". Staub sagt, indem er sich ausdrücklich der Entscheidung RG. 52, 354 anschließt, also auch der Anwendung des dort genannten § 446 zustimmt, die Gefahr gehe deshalb mit Uebergabe des Konnossements auf den Käufer über, weil das Papier die Ware repräsentiere.

Dieser Begründung kann so nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß das Konnossement als Traditionspapier für die Ware steht. Diese Repräsentation der Ware selbst gilt aber nur bezüglich der Eigentumsverhältnisse und des mittelbaren Besitzes an der Ware. § 446 dagegen verlangt zum Gefahrübergang die Uebertragung des unmittelbaren, tatsächlichen Besitzes. Insoweit aber kann das Konnossement die Ware keineswegs repräsentieren, daß seine Uebergabe als gleichbedeutend mit der körperlichen Uebergabe der Ware die Gefahr nach § 446 übergehen läßt. Möglich wäre die Konstruktion des Gefahrüberganges gleichzeitig mit Konnossementsübergabe nur so: Mit Uebergabe der Dokumente hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt[94]); das ist der maßgebende Gesichtspunkt; spätenstens mit diesem Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufvertrages muß nach § 323 die Gefahr übergehen[95]). Deshalb wäre, wenn auch mit anderer Begründung, das oben wiedergegebene Ergebnis zunächst richtig: Die Gefahr geht mindestens

92) RG. 16, 3 und 52, 354.
93) § 382, Anh., Anm. 48 a, S. 494.
94) Staub § 382 Anh., Anm. 48 a, S. 495. — Erfüllt hat der Verkäufer nicht, wenn unter der Klausel ex ship in, ab Kai, sound arrive verkauft ist. S. oben; dann geht also auch die Gefahr nicht über.
95) Leonhard Erf. u. Sch. Ort, S. 49.

bereits während des Seetransportes durch Uebergabe der Papiere auf den Käufer über.

Nachdem das einmal feststeht, müssen gegen diese Konstruktion dieselben Bedenken erhoben werden, wie bereits im erstbehandelten Falle: Mit dieser Festlegung wird die Reise in zwei Abschnitte zerlegt: Bis zur Uebergabe des Konnossements trägt der Verkäufer, danach der Käufer die Gefahr der schwimmenden Ladung. Sache des Verkäufers wäre es damit zu beweisen, daß gerade im Zeitpunkt der Uebergabe der Papiere Schiff und Ladung noch vorhanden waren. Ferner hätte er zu beweisen, daß in diesem genauen Zeitpunkt die Ladung noch unversehrt war. Wie schon oben ausgeführt, ist es in den meisten Fällen eine Unmöglichkeit, diesen Beweis zu erbringen. Wer soll, wenn Schiff und Ladung verschollen sind, beweisen, daß zur Minute der Uebergabe der Papiere das Schiff noch schwimmend war, daß es noch nicht einmal leck war und die Ware noch vollkommen in Ordnung! Genau wie im zuerst behandelten Falle würde hier die Unmöglichkeit der Beweiserbringung und auch der Beweissicherung dazu zwingen, die Reise einheitlich zu behandeln, und die Gefahr schon von Absendung der Ware an dem Käufer aufzuerlegen. Und das allein schon aus dem Grunde, weil, wie oben gezeigt, der Käufer es ist, der an der Uebersendung der Ware das größere Interesse hat. Und ferner, weil er, der Käufer, es ja auch ist, der die Gefahr — wenigstens von Uebergabe der Papiere an — tragen soll, während er sie doch nach der bekämpften Konstruktion tatsächlich nicht tragen würde[96]).

Dazu kommt nun das bereits oben gewonnene Ergebnis: Auch beim Kauf schwimmender Ware gegen Konnossement liegt der Erfüllungsort keinesfalls da, wo die Ware im Augenblick der Uebergabe der Papiere sich befand, also auf dem ungeeigneten Streckenort A.—B.[97]). Der Erfüllungsort liegt aber auch nicht da, wo die Papiere übergeben werden, denn dieser Ort ist ein rein zufälliger, und es wäre sinnlos, etwa auf einen Kauf über Eisen, das von Schweden nach Stettin schwimmt, polnisches Recht anzuwenden, weil die Papiere in Polen übergeben wurden. Als Erfüllungsort kann vielmehr auch in diesem Falle des Kaufes gegen Konnossement aus den gleichen Gründen wie im ersten

96) Vergl. auch Leo in Hans. RZ. 1918, S. 347, Wüstendörfer in Hans. RZ. 1926, S. 497.

97) RG. 16, 3.

Falle nur der Abladeort angesehen werden, als der Ort, der dem Parteiwillen entspricht und aus den Umständen folgt. Damit aber geht auch beim Kauf gegen Konnossement die Gefahr der schwimmenden Ware gemäß § 447 rückwirkend schon mit erfolgter Abladung auf den Käufer über[98]).

War bisher vorausgesetzt, daß die schwimmend gekaufte Ware als Speziessache gekauft worden sei, also daß sich der Kauf entweder auf eine gesamte schwimmende Ladung oder auf einen bestimmt bezeichneten Teil erstreckt habe, so bleibt noch der wohl seltenere Fall zu behandeln, daß die schwimmende Ware als Gattungsware gekauft worden ist. Das Geschäft wäre dann etwa abgeschlossen „über x Tonnen Getreide, schwimmend auf Hamburg". In solchem Falle ist wie oben[99]) festgestellt, zur Konkretisierung und damit auch zum Uebergang der Gegenleistungsgefahr, deren Voraussetzung ja die Konkretisierung ist[100]), Absendung des Konnossements oder der Verladeanzeige nötig. Erst damit geht die Gefahr auf den Käufer über. Der Gefahrübergang erfolgt aber, genau wie beim Spezieskauf, mit rückwirkender Kraft auf den Zeitpunkt der Abladung[101]). Der Käufer trägt also auch hier die Gefahr der gesamten Reise. Der Verkäufer trägt lediglich die Gefahr — wenn man den Ausdruck gebrauchen will — für solche schädigende Ereignisse, die vor Andienung der Ware liegen und die ihm bei der Andienung bekannt waren. Denn der Verkäufer darf Ware, die mit seinem Wissen beschädigt oder verloren ist, nicht mehr andienen[102]). Auch diese Regelung enthält aber keine Besonderheit gegenüber dem Spezieskauf[103]). Der Unterschied zu diesem liegt also nur darin: während beim Spezieskauf die Gefahr mit dem Zeitpunkt des Kaufabschlusses übergeht, geht sie beim Gattungskauf von auf dem Seeweg übersandter Ware erst mit der Andienung auf den Käufer über. In beiden Fällen aber in gleicher Weise rückwirkend auf den Zeitpunkt der Abladung.

---

98) Holländer § 4, S. 28 ff., Leo Bankarchiv 1914, S. 93, II, 5, Reichel Hans. RZ. 1923, S. 354, Staudinger § 446, I, 1 b, S. 85, Soergel § 447, Anm. 7, S. 780. Großmann-Doerth § 73, II, 1, S. 439.

99) S. Abschn. 1; III, 4.

100) Vergl. oben Abschn. 1; III. 4.

101) So auch Großmann-Doerth § 73, II, 2, S. 440.

102) Vergl. Großmann-Doerth § 53, S. 299.

103) Vergl. oben.

III. Kauf reisender Ware gegen Ladeschein.

Im Landfrachtgeschäft ist ein Traditionspapier in Gestalt des Ladescheins zwar in § 444 HGB. vorgesehen, seine Ausstellung aber nicht zur Pflicht gemacht. Tatsächlich ist die Ausstellung eines Ladescheins im Landfrachtgeschäft völlig ungebräuchlich. Dieser Fall scheidet damit aus.

Dagegen kommt der Ladeschein bei der Binnenschiffsfrachtfahrt zur Anwendung. Der Ladeschein hat hier ganz dieselbe Funktion, wie das Konnossement bei der Seefracht; vielfach wird der Ladeschein auch direkt als Konnossement bezeichnet. Auch sonst zeigt die Binnenschiffsfracht für die hier allein in Betracht stehende Frage der Gefahrtragung keine Unterschiede zur Seefracht. Alles, was dort gesagt ist, gilt auch hier. Das Ergebnis — Erfüllungsort ist der Abladeort, die Gefahr gilt als mit dem Zeitpunkt der Abladung übergegangen — wird bestätigt durch die schon angeführte Entscheidung des OLG. Stettin 8, 62, die von der Binnenschiffsfracht handelt.

IV. Kauf rollender Ware gegen Frachtbriefduplikat.

Auch dann bleibt das gewonnene Ergebnis dasselbe, wenn der an den Eingang gestellte Fall nochmals dahin abgewandelt wird: Das Geschäft zwischen V., Z. und K. soll über auf der Bahn rollende Ware geschlossen sein; Z. hat die rollende Ware an K. gegen sofortige Zahlung und unter Uebergabe des Duplikatfrachtbriefes weiterverkauft.

Die Rechtsverhältnisse am Duplikatfrachtbrief regelt § 455 HGB. und die Eisenbahnverkehrsordnung. Nach § 61 Abs. 5 EV. kann der Absender von der Bahn eine Bescheinigung über die Annahme des Gutes auf einem Frachtbriefdoppel (Duplikat) verlangen[104]). Danach ist das Duplikat in erster Linie eine Quittung oder Empfangsbescheinigung. Daß dem Duplikat nicht die Bedeutung eines Originalfrachtbriefes oder eines Ladescheins beikommt, ist in § 61 Abs. 6 EV. selbst gesagt. Das erstere ergibt sich auch daraus von selbst, daß der Frachtbrief Begleitpapier des Gutes ist, während das Duplikat unabhängig vom Frachtgut seine eigenen Wege geht. Aber auch die Bedeutung

104) Anders Art. 8 § 5, Intern. Uebereink. über den Eisenbahnfrachtverkehr. Dort wird die Ausstellung eines Frachtbriefdoppels für den internationalen Güterverkehr obligatorisch gemacht.

eines Ladescheins hat das Duplikat nicht. Es ist also kein Traditionspapier und seine Uebergabe hat an sich nicht die Wirkung einer Uebertragung des Eigentums am Gute.

Eine besondere Bedeutung gewinnt das Frachtbriefdoppel aber dadurch, daß von seiner Vorlegung gewisse Verfügungsrechte des Absenders abhängig gemacht sind. (§§ 72 Abs. 7, 73 Abs. 2, 95 Abs. 2 EV.). Die wichtigste Beschränkung gibt § 72 Abs. 2: Danach steht in den Fällen der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats das Recht, nachträgliche Verfügungen über das Frachtgut zu treffen, dem Absender nur zu, wenn er das Duplikat vorlegt[105]). Wenn in unserem Falle also V. das Doppel an Z. ausgeliefert hatte, so hatte V. sich damit seines Rechtes aus dem Frachtvertrage, noch anderweitig bis zur Einlösung des Frachtbriefes durch Z. (§ 72 Abs. 13 EV.) über das Gut verfügen zu können, begeben. Die Beschränkung der Verfügungsmacht tritt nicht nur der Bahn gegenüber ein, sondern auch gegenüber dem Empfänger. Die Bahn ist dem Empfänger nämlich haftbar, falls sie noch Verfügungen eines Absenders, der das Doppel nicht vorlegt, befolgt. Für den Empfänger bedeutet also das Doppel, wenn es sich in seinen Händen befindet, eine Sicherung gegen alle entgegenstehenden Verfügungen des Absenders; der Empfänger erlangt eine feste, unentziehbare Anwartschaft auf das Gut. Eine andere Wirkung hat die Uebergabe des Doppels zunächst nicht, denn da es kein Ladeschein ist, (§ 61 Abs. 6 EV.), so überträgt es weder Eigentum noch Besitz noch auch die Verfügungsrechte des Absenders auf den Empfänger.

Es kann aber in der Uebergabe des Duplikats an den Empfänger eine Abtretung des Herausgabeanspruches liegen. Da der Absender, solange er das Duplikat in Händen hat, über das Frachtgut beliebig verfügen kann und sich jeglichen Verfügungsrechtes zugunsten des Empfängers dadurch begibt, daß er das Duplikat dem Empfänger aushändigt[106]), kann man dieses Geschäft dahin auffassen, daß der Absender damit seine sämtlichen Ansprüche, besonders also den Herausgabeanspruch gegen den Frachtführer auf

105) Es wird dem Absender sein Verfügungsrecht also nicht etwa genommen, er behält es nach wie vor. Nur ist die Ausübung des Verfügungsrechtes abhängig von der Vorlegung des Duplikats (Hellwig § 69 I, S. 493).

106) LZ. 1908, 398.

den Empfänger überträgt. In diesem Falle wäre gemäß § 931 Eigentum auf den Empfänger übergegangen. Eine solche Abtretung des Herausgabeanspruches wird stets dann zu vermuten sein, wenn der Absender den Duplikatfrachtbrief dem Empfänger gegen Zahlung des Kaufpreises aushändigt. Da der Absender hier durch die Zahlung voll befriedigt ist, spricht die Vermutung dafür, daß er auch alle seine Rechte aus dem Vertrage auf den Empfänger übertragen will.

Man wird also beim Verkauf gegen sofortige Zahlung[107]) in der Regel annehmen müssen, daß der Verkäufer den Anspruch gegen den Frachtführer auf Herausgabe des der Beförderung unterliegenden Gutes abtreten will[108]). Wenn in unserem Falle der Verkauf gegen sofortige Zahlung geschlossen ist, so ist mit Uebergabe des Duplikates mangels anderweitigen Hinweises das Eigentum an der Ware übergegangen[109]); und zwar hat sowohl V. auf Z. als auch Z. auf K. mit Aushändigung des Duplikats und mit der darin liegenden Abtretung des Herausgabeanspruches gemäß § 931 das Eigentum an der Ware übertragen.

Mit der Eigentumsübertragung durch Uebergabe des Duplikatfrachtbriefes wäre an sich der Gefahrübergang verbunden. Denn bei dieser Form der Eigentumsübertragung nach § 931 hat man anzunehmen, daß die Uebergabe des Duplikats nach dem Willen der Parteien die Erfüllung des Kaufvertrages darstellt: Der tatsächliche Erfolg der Uebergabe des Duplikats ist ja im wesentlichen auch nicht anders als der mit Uebergabe eines Traditionspapieres erreichte. Danach wäre die Gefahr auch hier mindestens im Augenblick des Kaufabschlusses auf K. übergegangen.

Damit aber greifen genau dieselben Erwägungen ein, wie im Falle des Verkaufes schwimmender Ware durch Uebergabe des Konnossements. Diese führen auch hier dazu, den Gefahrübergang auf den Zeitpunkt der Uebergabe der Ware an die Eisenbahn zurückzubeziehen und am Ort der Uebergabe auch den Erfüllungsort anzunehmen. Die

---

1907) Etwa auf Grund der Klausel „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief."

108) JW. 1919, S. 183 und Anm. von Geiler dazu.

109) Staub, § 455, Anm. 5 und 6, S. 970; Düringer-Hachenburg § 455, Anm. 5, S. 927; RGRKomm. § 447, S. 47, Anm. 3; LZ. 1908, S. 600, Nr. 30, S. 937; JW. 1919, S. 182; JW. 1921, S. 329; RG. 102, 97; RGSt. 51, S. 288.

bereits genannte Entscheidung des OLG. Stettin, OLG. 2, 276, die einen Fall des Eisenbahnfrachtrechts behandelt, kommt zwar zu einem anderen Ergebnis, läßt aber doch am Schluß die Frage ausdrücklich bestehen, ob nicht doch der Abladeort der Erfüllungsort sei. —

Daß dem so ist, und daß überhaupt allgemein beim Kauf reisender Ware der Abladeort der Erfüllungsort ist, und mit der erfolgten Abladung an diesem Orte die Gefahr der reisenden Ware nach § 447 auf den Käufer übergeht, das wollte diese Untersuchung zeigen.

Lebenslauf.

Ich, Hans Heinrich Bruno Patschowsky, bin am 18. Januar 1907 in Namslau geboren als Sohn des am 8. Juli 1931 verstorbenen Justizoberinspektors i. R., Rechnungsrats Max Patschowsky und seiner Ehefrau Anna, geb. Pitzer. Im zweiten Lebensjahr kam ich mit meinen Eltern nach Brieg, Bez. Breslau. Hier besuchte ich die Mittelschule und das Staatliche Gymnasium, das ich Ostern 1926 mit dem Reifezeugnis verließ. Von Ostern 1926 ab studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften, zuerst ein Semester an der Universität Freiburg im Breisgau, dann in Breslau. Im Februar 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Breslau. Seit 6. März 1930 bin ich im Vorbereitungsdienst als Referendar beschäftigt, zunächst beim Amts- und Landgericht in Brieg und jetzt bei der Staatsanwaltschaft am Landgericht in Breslau. Nach Breslau folgte ich im Mai 1931 meinen Eltern, die ihren Wohnsitz im März 1931 hierher verlegt hatten.

Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 24. Juni 1930 bestanden.

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite
Einleitung	1
1. Abschnitt.	
Die Lehre von der Gefahr beim Kauf	2
I. Der Begriff der Gefahr	2
II. Gefahrtragung	2
1. Die Bedeutung des Begriffes	2
2. Leistungsgefahr und Gegenleistungsgefahr	3
III. Gefahrübergang	5
1. § 446	6
2. § 447	8
3. Beförderungsgefahr	11
4. Konzentration und Gefahrübertragung	12
2. Abschnitt.	
Die Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware	17
I. Kauf reisender Ware ohne Papiere	17
1. § 446 oder § 447?	18
2. Der Erfüllungsort	21
a) Der Wohnsitz des Verkäufers	23
b) Der Standort der Ware beim Kaufabschluß	24
c) Der Bestimmungsort	27
d) Erfüllungsort ist Abladeort	30
3. Der Gefahrübergang	31
a) § 447 ist maßgebend	31
b) Der Zeitpunkt des Kaufabschlusses	34
c) Gefahrübergang rückwirkend mit erfolgter Abladung	39
4. Aenderung in der Lage des Verkäuferwohnsitzes	48
II. Kauf schwimmender Ware gegen Konnossement	48
III. Kauf reisender Ware gegen Ladeschein	52
1. Landfrachtgeschäft	52
2. Binnenschiffsfracht	52
IV. Kauf rollender Ware gegen Frachtbriefduplikat	52